

DOC #1

La regulación digital y la propuesta de nueva Constitución

Por Lucas MacClure, Verónica Mery y Claudio Ruiz

2022-07-08

Este es un documento de trabajo realizado por la consultora Crítica y elaborado por:

Lucas MacClure, Investigador senior de Crítica. Abogado, Universidad de Chile; Master (LL.M.) y Doctor en Derecho (J.S.D.), Universidad de Yale.

Verónica Mery, Investigadora de Crítica. Abogada, Universidad de Chile.

Claudio Ruiz, Director de Crítica. Afiliado al Berkman-Klein Center for Internet and Society, Universidad de Harvard.

Acerca de Crítica

Crítica es una consultora experimental de investigación y elaboración de estrategias de impacto en regulación y políticas públicas relativas a tecnologías digitales. Más información acerca de Crítica y su trabajo disponible en <https://criti.ca>

Este documento de trabajo es uno dentro de una serie de documentos de distinta extensión que son publicados por el equipo de trabajo asociado a Crítica. Los documentos de esta serie están diseñados para provocar debate y proponer nuevas ideas para la discusión de políticas públicas digitales en América Latina.

Texto: Lucas MacClure, Verónica Mery y Claudio Ruiz.

Diseño y diagramación: María José Munita

Se permite la distribución y adaptación libre y gratuita de este documento siempre que se respeten los créditos de sus autores y de Crítica, de acuerdo a los términos de una licencia Creative Commons Atribución (CC-BY 4.0).

Introducción 4**1 Acceso a internet, infraestructura de internet en general, y neutralidad de la red 7**

- 1.1. Acceso universal a la conectividad digital y otros derechos relacionados
- 1.2. Infraestructura de internet como materia de interés público
- 1.3. Neutralidad de la red

2 Contenidos, libertad de expresión, medios de comunicación e información 13

- 2.1. Libertad de expresión y opinión
- 2.2. Derecho a fundar y mantener plataformas digitales
- 2.3. Pluralismo informativo y concentración de propiedad sobre las plataformas
- 2.4. Plataformas públicas
- 2.5. Aclaración y rectificación de contenidos que ofenden o aluden injustamente a una persona
- 2.6. Participación en espacio digital libre de violencia
- 2.7. Propiedad intelectual y derechos de autor

3 Privacidad, datos personales y ciberseguridad 25

- 3.1. Datos personales y su tratamiento
- 3.2. Ciberseguridad

4 Protección de consumidores y usuarios 29**5 Democracia, otros procesos de toma de decisiones del Estado, y transparencia 32**

- 5.1. Participación ciudadana
- 5.2. Gobierno digital
- 5.3. Transparencia

6 Otros temas 36

- 6.1. Bioética
- 6.2. Desconexión digital en el contexto del trabajo
- 6.3. Derecho a la educación digital

7 Consideraciones generales y metodológicas sobre la implementación de la nueva Constitución 41

- 7.1. El rol de los tribunales y otros órganos públicos
- 7.2. La interpretación constitucional

Conclusiones 45

*

Introducción



Introducción

El proceso constituyente chileno de 2022 tiene muchas particularidades. Algunas de ellas son esenciales para entender los énfasis que contiene la propuesta de la Convención Constitucional, como el contexto de movilización social que le dio origen o el haber sido preparada por un órgano caracterizado por tener paridad de género y con carácter plurinacional. Adicionalmente a estos elementos, el proceso que comenzó en noviembre de 2019 se desarrolló en un contexto de hiperconectividad y digitalización profunda de distintas capas de la vida cotidiana, lo que se ha visto profundizado por las consecuencias de la pandemia del COVID-19.

En este contexto, nos pareció pertinente preguntarnos cómo la masificación de la tecnología digital y su impacto en nuestra vida diaria se vio —o no— reflejada en la versión final del texto despachado por la Convención Constitucional. El resultado final del proceso producido por la Convención es un texto que recoge una serie de elementos de la tradición constitucional chilena y otros tantos ya contemplados en otras tradiciones comparadas. Pero también agrega un conjunto de reglas y principios innovadores vinculados directamente con regulación digital sobre los que creemos que vale la pena detenerse. El presente informe es un esfuerzo inicial en esa dirección.

Para la elaboración de este informe hemos seleccionado artículos que, estimamos, tendrán un impacto directo en la regulación digital. Por «regulación digital» queremos decir reglas jurídicas que regulan la red de comunicaciones llamada internet y los servicios y las actividades que se despliegan a través de ella, tal como las plataformas de redes sociales y la difusión de contenidos por parte de sus usuarios. Nuestra selección de reglas de la propuesta se basa en dos criterios complementarios. Primero, incluimos artículos que tienen una relevancia evidente por la regulación digital porque utilizan términos como «digital», «internet», «conectividad» y «sistema informático». Segundo, también incluimos artículos que, sin utilizar esos términos, regulan materias que se suelen abordar en las discusiones nacionales y globales sobre regulación digital, e.g., reglas sobre protección de los consumidores. Como puede esperarse, hay muchas normas constitucionales que, pese a su importancia general para los actores y actividades del mundo digital, no han sido parte de nuestro análisis.

Por ejemplo, no abordamos detalladamente el régimen general de la propiedad (aunque sí reglas específicas que se relacionan con ese régimen).

Respecto de cada una de las materias específicas de este informe, primero reproducimos el texto de los artículos de la propuesta de Constitución relevantes, y luego exploramos brevemente los posibles efectos que tendrá la propuesta constitucional (de ser aprobada). En particular, exploramos las implicancias de la propuesta para futuros debates acerca de la conveniencia y constitucionalidad de determinadas leyes o proyectos de ley. Para anticipar estos debates legislativos, hemos considerado varias fuentes: leyes vigentes, proyectos de ley actualmente en discusión en el Congreso, propuestas que se observan en el debate nacional e internacional, el derecho comparado, y el actual contexto tecnológico. Al interpretar la propuesta de Constitución, nos abocamos a la tarea prioritaria de entender el significado semántico que el texto tiene hoy.¹ Este informe mira hacia al futuro, pero lo hace desde la perspectiva del año 2022.

De esta forma, este documento debiera entenderse como una primera aproximación al análisis del impacto que la propuesta de texto constitucional, de ser aprobada en el plebiscito, tendrá en los asuntos de regulación digital.

El itinerario de este informe es el siguiente. La sección 1 aborda las reglas sobre acceso a internet y dispositivos, infraestructura de internet y neutralidad de la red. La sección 2 aborda reglas sobre contenidos y sobre las plataformas donde se difunden. La sección 3 da cuenta de las reglas sobre privacidad, datos personales y ciberseguridad. La sección 4 se refiere a la protección de los consumidores. La sección 5 resume varias reglas relacionadas con la democracia, los procesos de toma de decisiones del Estado, y la transparencia de su actuar. La sección 6 incluye temas diversos que no ha sido posible incluir en las categorías anteriores, tales como la bioética, la desconexión digital respecto del trabajo, y la alfabetización digital. La sección 7 ofrece algunas consideraciones generales sobre la implementación de la propuesta de Constitución y clarifica algunos supuestos metodológicos de este trabajo.² Finalmente, y a partir del análisis precedente, la conclusión ofrece reflexiones generales sobre la regulación digital y la propuesta de Constitución.

¹ Así, decimos poco sobre los debates de los miembros de la Convención ocurridos durante la redacción del texto. Por supuesto, nuestro foco en el significado semántico del texto necesariamente deja muchas preguntas sin contestar. Al respecto, ver la sección 7 de este informe.

² Hemos agrupado los artículos bajo criterios temáticos para facilitar su comprensión. Esta es una decisión editorial y no significa que esta sea la única manera de categorizarlas. Por ejemplo, discutimos la regla sobre neutralidad de la red junto a la infraestructura de internet porque ambas se refieren al mismo actor—los proveedores de servicios de internet—pero también habría sido posible abordarla como una regla sobre contenidos. Menos aún ha sido nuestro objetivo sugerir, a través del orden temático, algún tipo de prelación u orden de importancia.

1.

Acceso a internet, infraestructura de internet en general, y neutralidad de la red

-
- 1.1. Acceso universal a la conectividad digital y otros derechos relacionados
 - 1.2. Infraestructura de internet como materia de interés público
 - 1.3. Neutralidad de la red

1.1. Acceso universal a la conectividad digital y otros derechos relacionados

La propuesta de Constitución establece varias reglas relacionadas con la conectividad digital: crea un derecho al «acceso universal a la conectividad digital y las tecnologías de la información y comunicación» (art. 86.1), configura condiciones de ese acceso, incluyendo entre otras la «calidad y velocidad adecuadas y efectivas» (art. 86.2), obliga al Estado a promover y participar del desarrollo de los servicios de conectividad (art. 86.3), y lo obliga a «superar las brechas de acceso, uso y participación en el espacio digital y sus dispositivos e infraestructuras» (art. 86.4). Finalmente, en otro artículo, la propuesta establece el derecho de las «personas mayores» a «la accesibilidad al entorno (...) digital» (art. 33.2).³

Como se puede observar, la propuesta de Constitución constitucionaliza el derecho de acceso universal, al igual que las condiciones de conectividad que menciona. Además, obliga al Estado a «promover y participar del desarrollo de las telecomunicaciones» y de los «servicios de conectividad» (art. 86.3) y a «superar las brechas de acceso» (art. 86.4). Al mismo tiempo, sin embargo, la propuesta no prohíbe que los privados provean servicios de acceso a internet. Así, se puede entender que la propuesta crea una garantía de igualdad sustantiva (o material) en el acceso a internet. Esta regulación constitucional parece empoderar al Estado para utilizar recursos públicos y crear obligaciones que tiendan a que toda la población chilena tenga acceso a internet de calidad y veloz. La propuesta difiere significativamente de la actual Constitución. Ésta carece de reglas sobre el acceso a internet o a dispositivos utilizados para acceder a internet.

La nueva regulación puede ser invocada para justificar reformas legales y otras políticas públicas que alteren—y probablemente aumenten—las obligaciones de las empresas privadas que ofrecen servicios de acceso a internet. También podrá ser invocada para justificar que el Estado financie, de manera más intensa a la actual, proyectos de infraestructura de internet y otros que mejoren la conectividad de las personas.

Más específicamente, es probable que la regulación constitucional del acceso a internet de la propuesta sea utilizada para evaluar las normas de la

³ Ver también el art. 220 letra o, que establece que una de las competencias de la región autónoma «la planificación e implementación de la *conectividad física y digital*» (énfasis agregado).

actual Ley 18.168 General de Telecomunicaciones. La Ley 18.168 General de Telecomunicaciones consagra un derecho de acceso a internet.⁴ Pero según una interpretación plausible de sus reglas, su consagración *general* contiene meramente un derecho de igualdad formal o no discriminación en el acceso a internet.⁵ Al mismo tiempo, esta ley obliga a los proveedores de internet a cumplir con ciertos requisitos de calidad del servicio, tal como velocidades de conexión mínimas.⁶ Es posible que la propuesta obligue a reexaminar esta configuración legal del derecho de acceso a internet. Asimismo, la propuesta puede influenciar el desarrollo de la regulación realizada por el Presidente mediante reglamentos presidenciales y por la Subsecretaría de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, el órgano sectorial de las telecomunicaciones, mediante sus normas técnicas.

Las reglas que hemos revisado también se refieren al acceso a los dispositivos utilizados para acceder a internet (y en general para las tecnologías digitales). Las disposiciones extienden sus derechos y deberes del Estado al acceso a promover y participar en el desarrollo de «tecnologías de la información y comunicación» (arts. 86.1, 86.3) y a la superación de brechas «en sus dispositivos e infraestructuras» (art. 86.4).

¿Qué agrega a las reglas anteriores el art. 33.2, sobre el derecho de las personas mayores a acceder al entorno digital? La disposición puede tener un impacto sobre el nuevo Sistema Integral de Cuidados que el Estado debe implementar (art. 50) y otras políticas públicas dirigidas específicamente a las personas mayores.⁷ El derecho del art. 33.2 le recuerda al legislador y a otros órganos públicos a cargo de crear e implementar estas políticas que deben garantizar que ellas tengan acceso a internet y otros aspectos del «entorno digital».⁸

⁴ Ver art. 2 de la Ley 18.168 General de Telecomunicaciones.

⁵ Ver Lucas Sierra I., «El principio de acceso universal y la regulación de banda ancha», *Estudios Públicos*, no 107 (2007): 39–77.

⁶ Ver art. 24 K de la Ley 18.168 General de Telecomunicaciones.

⁷ El Sistema Integral de Cuidados que el Estado está dirigido a todas las personas «desde el nacimiento hasta la muerte» (art. 50.1), pero la propuesta aclara que el sistema «prestará especial atención a lactantes, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, personas en situación de discapacidad, personas en situación de dependencia y personas con enfermedades graves o terminales. Asimismo, velará por el resguardo de los derechos de quienes ejercen trabajos de cuidados» (art. 50.3).

⁸ De manera similar, este derecho puede servir de recordatorio respecto de las reglas generales en esta materia, desde aquellos sobre el acceso universal a la conectividad que ya hemos revisado, a las reglas sobre el derecho a la educación digital (art. 90), el uso de herramientas digitales en la participación ciudadana (art. 152.3), y la «alfabetización digital» a nivel municipal (art. 216.2), entre otras.

1.2. Infraestructura de internet como materia de interés público

Además de establecer reglas sobre acceso universal a conectividad, la propuesta de Constitución establece que «la infraestructura de telecomunicaciones es de interés público, independientemente de su régimen patrimonial» (art. 86.6), que el aprovechamiento del espectro radioeléctrico es una materia de ley (art. 86.7), y que el Estado debe «impulsar medidas para conservar la atmósfera y el cielo nocturno, según las necesidades territoriales» (art. 135.1).

Estas reglas sobre la infraestructura de las telecomunicaciones, inéditas en el derecho constitucional chileno, podría tener implicancias para la propiedad privada de la infraestructura física de internet.

Estas implicancias se relacionan con el nuevo régimen general de la propiedad privada de la propuesta de Constitución. La propuesta habilita al legislador a autorizar la expropiación de la propiedad privada, pero solo en la medida que aquél invoque una «causa de utilidad pública o interés general» y que fundamente la causa (art. 78.3 y art. 78.6). Además, el régimen general de la propiedad habilita al legislador a establecerle «límites y deberes conforme con su función social y ecológica» (art. 78.2).

A la luz de este régimen general de la propiedad, la regla que declara que «la infraestructura de telecomunicaciones es de interés público» (art. 86.6) parece facilitar—sin exigir—la expropiación de la infraestructura física de internet que está en manos de privados. Si el legislador quisiera crear una ley para expropiar parte o toda infraestructura, probable invocaría la regla constitucional que declara que es «de interés público» para argumentar que la expropiación se basa en una «causa de utilidad pública o interés general».

De manera similar, la declaración constitucional sobre la infraestructura de las telecomunicaciones puede ser invocada para establecer límites y deberes a la propiedad de la infraestructura física de internet. Si bien la declaración no precisa en qué consiste la función social y ecológica de la infraestructura física de internet—solamente dice que es «de interés público—la regla sugiere que tiene una función social y que ella es un aspecto importante de esta infraestructura.⁹

⁹ La función social de la infraestructura física de internet podría construirse a partir de otras normas, tal como el derecho al acceso universal a la conectividad.

Con todo, nótese que esta declaración constitucional en ningún caso obliga al legislador a expropiar ni a establecer límites o deberes específicos para los particulares que tengan dominio sobre la infraestructura de internet. Es más, se podría argumentar que la Constitución implícitamente reconoce que este interés público puede ser protegido cuando la infraestructura de internet es de propiedad de privados: la propuesta dice que esta infraestructura es de interés público «independientemente de su régimen patrimonial» (art. 86.6).

Esta regla también se relaciona con el proyecto de ley de reforma constitucional ley que se está discutiendo en el Congreso sobre la infraestructura crítica. El proyecto habilita al Presidente a desplegar las Fuerzas Armadas para proteger la infraestructura crítica, entre ellas la infraestructura de las telecomunicaciones.¹⁰ La propuesta de Constitución no contiene reglas de este tipo. Pero al declarar que infraestructura de las telecomunicaciones es «de interés público», entrega un argumento a favor de la creación del tipo de normas que son parte del proyecto.

La regla sobre espectro radioeléctrico (art. 86.7) que establece una reserva legal en esta materia, también inédita en el derecho constitucional chileno, puede llevar a reexaminar y disminuir el alcance de las las potestades normativas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones—reconocidas en la Ley 18.168 General de Telecomunicaciones—y la potestad reglamentaria del Presidente en esta materia. Todo depende de cómo se interprete esta regla constitucional, al igual que aquellas reglas generales sobre la potestad reglamentaria presidencial.

También relacionado con el espectro, los avances en materia de internet móvil y satelital hacen relevante detenerse en la regla que obliga al Estado a conservar la atmósfera y el cielo nocturno (art. 135.1). Dicha regla configura un mandato que está dentro de las normas que definen los bienes comunes naturales, y que se relaciona con los elementos de protección ambiental presentes en todo el texto de la propuesta constitucional. Esta regla constitucional probablemente será relevante cuando se discutan políticas públicas sobre acceso, conectividad y propiedad privada de la infraestructura de internet.

¹⁰ Ver Boletín 13086–07, Proyecto de reforma constitucional que regula estado de alerta para prevenir daños a infraestructura crítica, https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13086-07

1.3. Neutralidad de la red

La propuesta obliga al Estado a garantizar la neutralidad de la red y a regularla mediante leyes (art. 86.5).

La noción de neutralidad en la red no es reconocida por la actual Constitución. La propuesta de Constitución cambia este estado de cosas al reconocer expresamente el principio de neutralidad de la red (art. 86.5).

Una implicancia de la regla de la propuesta es que el legislador deberá mantener el actual reconocimiento legal de la neutralidad de la red. La Ley 18.168 General de Telecomunicaciones contiene desde el año 2010 reglas que obligan a los proveedores de servicios de internet a respetar la neutralidad de la red, estableciendo prohibiciones de discriminar contenidos mediante bloqueos, diferentes velocidades y otras acciones, aunque con algunos límites a la obligación.¹¹

La propuesta también abre la puerta a que se discuta si los parámetros de neutralidad que consagra la Ley 18.168 General de Telecomunicaciones cumplen con la norma constitucional. En este sentido debiera ser relevante el que la regla constitucional esté contemplada dentro la norma de acceso universal a conectividad digital. Sin embargo, el texto de la propuesta no decide esta materia, pues reconoce expresamente la posibilidad de que se establezcan «condiciones y límites en esta materia» mediante la ley.

¹¹ Ver arts. 24 H, 24 I, y 24 J de la Ley 18.168 General de Telecomunicaciones. Estas disposiciones fueron introducidas por la Ley 20.453 Consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet (2010).

2.

Contenidos, libertad de expresión, medios de comunicación e información

-
- 2.1. Libertad de expresión y opinión
 - 2.2. Derecho a fundar y mantener plataformas digitales
 - 2.3. Pluralismo informativo y concentración de propiedad sobre las plataformas
 - 2.4. Plataformas públicas
 - 2.5. Aclaración y rectificación de contenidos que ofenden o aluden injustamente a una persona
 - 2.6. Participación en espacio digital libre de violencia
 - 2.7. Propiedad intelectual y derechos de autor

2.1. Libertad de expresión y opinión

La propuesta de la Convención reconoce a «toda persona, natural o jurídica, el derecho a la libertad de expresión y opinión, en cualquier forma y por cualquier medio» (art. 82.1). La propuesta agrega que ella «comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole» (art. 82.1). Además, prohíbe expresamente la censura previa y reserva a la ley la determinación de responsabilidades posteriores.

En algunos sentidos estas reglas innovan y en otros mantienen normas de la Constitución vigente, en ambos casos con implicancias para la regulación digital. Ello es particularmente relevante si el legislador regula la difusión de contenidos en redes sociales y otras plataformas digitales, tal como lo está intentando hacer hoy con varios proyectos de ley.¹²

El texto de la propuesta también deja claro que la libertad de expresión es aplicable a los contenidos difundidos en plataformas digitales. Ello porque repite algo que ya está en la actual Constitución: que el derecho aplica a las expresiones y opiniones difundidas «en cualquier forma y por cualquier medio» (art. 82.1).

Pero la propuesta también utiliza una formulación más amplia que la actual respecto de las actividades y personas amparadas por este derecho. La Constitución vigente enmarca la garantía constitucional en «la libertad de emitir opinión y la de informar» (art. 19 número 12). Así, protege exclusivamente al emisor de contenidos. La propuesta de Constitución también protege a los emisores, pero extiende la libertad de expresión y opinión al receptor de contenidos e incluso quien está «buscando» informaciones e ideas (art. 82.1). En esto, la propuesta sigue la tendencia del derecho internacional de los derechos humanos.¹³ Como consecuencia de ello, leyes que regulan los contenidos en las plataformas involucrarían

¹² Ver proyecto Boletín 14785–24 que Regula la difusión de contenidos, información y servicios en plataformas digitales y redes sociales, disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15276&prmBOLETIN=14785–24m> y Boletín 14561–19 que Regula las Plataformas Digitales, disponible en https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=14561–19.

¹³ Derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. 2011. Catalina Botero. RELE, CIDH, OEA. Declaración conjunta sobre universalidad y el derecho a la libertad de expresión. 2014. Relatores para la libertad de expresión de la CIDH, NU, OSCE y CADHP. El derecho internacional de los derechos humanos también reconoce incluye la importancia, para la libertad de expresión, del acceso a la información pública ni el necesario pluralismo y diversidad requerido para que el ejercicio de este derecho fundamental. Como veremos a continuación, estas nociones también son reconocidas en el texto de la propuesta.

derechos de todos sus usuarios, tanto los que reciben contenidos como quienes los difunden.

Además, es posible que extienda la titularidad de la libertad de expresión a las mismas plataformas o, más precisamente, a las empresas que las controlan. Ello porque afirma que «toda persona, natural o jurídica» tiene el derecho (art. 82.1). En este punto la actual Constitución es vaga, pues simplemente reconoce el derecho a «las personas». Está por verse si la regla de la propuesta se interpretará de esta manera amplia y cuáles serán sus consecuencias para la evaluación de las leyes que regulan a las plataformas.

Las normas anteriores deben ser puestas en relación con las reglas más específicas que discutimos a continuación.

2.2. Derecho a fundar y mantener plataformas digitales

La propuesta reconoce un «derecho a producir información y participar equitativamente en la comunicación social» e incluye en aquél «el derecho a fundar y mantener medios de comunicación e información» (art. 83.1). Además, la propuesta establece que el Estado debe respetar la «libertad de prensa» (art. 83.2).

Estas reglas pueden tener implicancias para las plataformas de redes sociales y motores de búsqueda. La actual Constitución solo reconoce el derecho de toda persona a fundar y mantener «diarios, revistas y periódicos».¹⁴ La propuesta de nueva Constitución reconoce un derecho similar, pero de manera más amplia: respecto de los «medios de comunicación e información».

La expresión «medios de comunicación e información» probablemente tiene un significado amplio que abarca a las plataformas de redes sociales y motores de búsqueda, entre otros. Esta es una expresión que no se encuentra en la actual Constitución. En cambio ésta, al hablar de «medios», utiliza la expresión «medios de comunicación social».¹⁵ Esta última expresión suele ser utilizada—en el lenguaje ordinario—para hablar de los medios tradicionales como la televisión o la radio; ciertamente así se la entendió cuando la actual Constitución fue creada. Tal vez hoy pueda entenderse que el concepto «medios de comunicación social» también abarque a las redes sociales y otras plataformas, pero su aplicación a ellas es discutible.¹⁶ La propuesta de Constitución, al utilizar la expresión «un medio comunicación e información»—y especialmente al incluir en ella el término «información»—parece extender el derecho a fundar y mantenerlos tanto a los medios tradicionales como las redes sociales y otras plataformas digitales.

Si se entiende que esta expresión comprende a las plataformas, se podría concluir que las personas son libres de fundar y mantenerlas. Las plataformas—o más bien, sus dueños—ganarían una protección que carecen bajo la actual Constitución.

¹⁴ Art. 19 N 12 inc. 4 Constitución de 1980. La Constitución actual no reconoce un derecho fundar y mantener canales de televisión, con la excepción de las universidades. Ver art. 19 N 12 inc. 5.

¹⁵ Ver art. 19 N 12 incs. 2 y 3 Constitución de 1980.

¹⁶ En el mejor de los casos, se puede decir que los medios tradicionales son parte del «núcleo de certeza» del concepto constitucional de «medio de comunicación social», mientras que las plataformas digitales de redes sociales y motores de búsqueda se encuentran son parte de su «penumbra de duda». Sobre la distinción entre el núcleo de certeza y la penumbra de duda de las reglas, ver H. L. A Hart, *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009), pp. 152–153.

2.3. Pluralismo informativo y concentración de propiedad sobre las plataformas

La propuesta obliga al Estado a promover «el pluralismo de los medios de comunicación y la diversidad de información» (art. 83.2). Además, indica que el Estado debe promover los «medios de comunicación e información» e impedir «la concentración de la propiedad de estos», aunque el texto agrega que el Estado no puede establecer un monopolio estatal; esta materia debe ser regulada por ley (art. 84).

Estas normas no se encuentran en la actual Constitución. Ésta se limita a establecer que los *canales de televisión* deben ajustarse a un estándar de «correcto funcionamiento», concepto que la Constitución no define y que solamente por vía legal se ha entendido que comprende, entre otros elementos, el pluralismo, aunque solo en un sentido «interno» y no «de medios».¹⁷ La propuesta, en cambio, reconoce expresamente el «pluralismo de medios» (o pluralismo «interno») y establece un deber del Estado de impedir la concentración de su propiedad.

¿Cuáles son las implicancias de estas reglas para la regulación digital? Es posible que se entienda que ellas habilitan acciones del Estado destinadas a limitar la concentración de la propiedad de las plataformas dominantes de redes sociales y motores de búsqueda, aun cuando el alcance de esta interpretación pueda ser en la práctica muy limitado. Esta materia ha sido objeto de una fuerte discusión en el derecho comparado, notoriamente en los EE.UU. y la UE.¹⁸ Si el Estado chileno quisiera tomar acciones contra las plataformas, podría invocar el deber de impedir «la concentración de la propiedad de los medios de comunicación e información» (art. 84). Nuevamente, mucho depende del sentido de la expresión «medios de comunicación e información». Nótese, sin embargo, que al hablar del pluralismo, la propuesta dice «pluralismo de los medios de *comunicación*» (art. 83.2). ¿Con ello se excluye a las plataformas? Es posible, aunque no es claro a partir de la sola lectura del texto propuesto.

¹⁷ Ver art. 19 N 12 inc. 6 Constitución de 1980. Ver también Ley 18.838 Crea el Consejo Nacional de Televisión, art. 1 inc. 4.

¹⁸ Ver Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age* (New York: Columbia Global Reports, 2018); Lina M Khan, «*The Separation of Platforms and Commerce*», *Columbia Law Review* 119, no 4 (2019): 973–1098.

2.4. Plataformas públicas

La propuesta agrega que «existirán medios de comunicación e información públicos, en distintos soportes tecnológicos» (art. 85.1). La propuesta también regula varias características de estos medios—incluyendo sus fines y relación con el Gobierno—y manda al legislador a regular esta materia (art. 85).

Estas normas son inéditas en el derecho constitucional chileno. La actual Constitución solo habilita al Estado a «operar y mantener estaciones de televisión».¹⁹ La propuesta parece obligar al Estado a crear y mantener de medios de comunicación e información.²⁰

¿Cuál es su relevancia para la regulación digital? Tal como ocurre con otras disposiciones, mucho depende del significado y alcance de la expresión «medios de comunicación e información públicos». Más específicamente, del sentido de la expresión «medios de comunicación e información públicos, en distintos soportes tecnológicos» (art. 85.1). Una interpretación posible es que la expresión incluye a las plataformas de redes sociales, servicios de streaming, y otras plataformas. Si ello es así, la norma se podría invocar para justificar leyes que creen plataformas de redes sociales públicas. Otra interpretación, más modesta, es que el Estado cumple con este mandato si crea medios de comunicación tradicionales—e.g., y canales de televisión y radio—pero se asegure de que serán transmitidos por un canal de YouTube y otras plataformas de streaming. En cualquier caso, el art. 85 será sin duda relevante si el Estado busca crear leyes para crear plataformas digitales de redes sociales y otras que de carácter público.

¹⁹ Art. 19 N 12 inc. 5 de la Constitución de 1980.

²⁰ Decimos «parece» porque la propuesta nueva Constitución utiliza la curiosa forma verbal existirán, en lugar de una expresión que claramente establezca un mandato dirigido al Estado. Sin embargo, el contexto del art. 85.1, en particular el art. 85.2, sugieren que efectivamente el Estado debe crear estos medios (mediante leyes).

2.5. Aclaración y rectificación de contenidos que ofenden o aluden injustamente a una persona

La propuesta de Constitución establece un derecho de difusión de una aclaración o rectificación para «toda persona ofendida o injustamente aludida por un medio de comunicación e información», a través del medio en cuestión y gratuitamente; también manda al legislador a regular su ejercicio, regulación que debe a su vez respetar la libertad de expresión (art. 83.3).

La actual Constitución establece un derecho muy similar, pero respecto de contenidos difundidos «por algún medio de comunicación social».²¹ La propuesta, en cambio, lo extiende el derecho a los «medios de comunicación e información». Como ya hemos observado, esta expresión probablemente incluye a las redes sociales y motores de búsqueda. El derecho de aclaración y rectificación, por lo tanto, aplicaría a estas plataformas.

No es evidente que esta regla tenga efectos importantes para las plataformas. En un sentido, todos sus usuarios ya gozan de la oportunidad de que sus «clarificaciones y rectificaciones» sean difundidas en estas plataformas. Precisamente algo que las caracteriza es que ellas permiten a los usuarios difundir todo tipo de contenidos, incluyendo clarificaciones y rectificaciones cuando se sienten aludidas. Así, es posible tenga una importancia práctica menor respecto de las plataformas y su regulación.

Con todo, si el tema cobra relevancia se pueden esperar tres efectos. Primero, se podría entender que el legislador debe crear una nueva ley que regule expresamente el derecho respecto de las plataformas digitales. Segundo, y de manera más controversial, mientras no se dicte aquella ley la nueva Constitución podría influir la interpretación de la Ley 19.733 Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Esta ley ya consagra y regula un «derecho de aclaración y rectificación» respecto de expresiones que ofenden o injustamente aluden a una persona y que han sido difundidas por «algún medio de comunicación social».²² Por cierto, como ya hemos visto, la noción de medio de comunicación social no necesariamente aplica a las plataformas de redes sociales y motores de búsqueda. Pero la

²¹ Art. 19 N° 12 inc. 3 de la Constitución de 1980.

²² Ver arts. 16–21 Ley 19.733 Sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo.

Ley 19.733 provee una definición que es extraordinariamente amplia.²³ Tal vez ella será reinterpretada, a la luz de la nueva Constitución, para afirmar que se aplica a las plataformas. Tercero, si lo anterior no ocurre, es posible que particulares invoquen la norma en el contexto de la acción de amparo constitucional.

Con todo, como ya hemos observado, creemos que los particulares podrían invocar este derecho en sede judicial—en los procedimientos contemplados por la Ley 19.733 o las normas sobre la acción de amparo constitucional de la propuesta—de manera excepcional. Ello probablemente ocurrirá en casos límites, e.g., cuando una persona no pueda difundir sus respuestas a lo que percibe como ataques a su honra porque la plataforma en cuestión prohíbe sus expresiones o eliminar sus cuentas.

²³ Su art. 2 inc. 1 dice: «Para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, *cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado*» (énfasis agregado).

2.6. Participación en espacio digital libre de violencia

La propuesta de Constitución incluye un novedoso art. 89, que establece un «derecho a participar de un espacio digital libre de violencia» (art. 89.1). También manda al Estado a prevenir, promover, reparar y garantizar este derecho, y precisa que el Estado debe otorgar «especial protección a mujeres, niñas, niños, adolescentes y diversidades y disidencias sexuales y de género» (art. 89.1). Finalmente, establece una reserva legal en esta materia (art. 89.2).

Como cuestión preliminar, hay que notar que este derecho se refiere a la *participación* en el espacio digital. Dependiendo de cómo se entienda la noción, este derecho se puede referir a contenidos—ciertamente una manera de participar en el espacio digital es difundir y recibir contenidos—pero también a otras actividades.²⁴ También vale la pena mencionar que en debates legislativos recientes la idea de participación en espacios digitales sin violencia ha sido entendida de maneras que cruzan varias materias, incluyendo la privacidad, el *revenge porn*, los discursos de odio, y las informaciones falsas, entre otras.²⁵ Si estas cuestiones son comprendidas o no por este derecho es algo que está por verse. La expresión es notoriamente vaga. La regla deja muchas preguntas complejas sin contestar.

Es posible que la regla del art. 89 pueda ser invocada al momento de legislar en algunas de estas materias, por ejemplo, con el fin de limitar algunos contenidos. Nótese que la lectura sistemática de la regla sugiere que ella repite y enfatiza, en un contexto específico, ideas que se encuentran en otras partes de la propuesta de Constitución. Así, la propuesta ya indica que las personas tienen un «derecho a vivir en entornos seguros y libres de violencia» (art. 53.1). A su vez, la propuesta dice que «el Estado asegura que toda persona pueda ejercer sus derechos en los espacios digitales» (art. 90). La disposición que estamos comentando muestra que la propuesta reconoce que las personas viven en un entorno digital, y que ella establece que será una prioridad pública el asegurar que la participación en este entorno sea

²⁴ Una consecuencia de lo anterior es que habría sido posible discutir esta regla a propósito de otras materias. Por ejemplo, a propósito de las reglas sobre privacidad y ciberseguridad.

²⁵ Ver Proyecto Boletín N 13928-07 que Proscribe, tipifica y sanciona la violencia digital en sus diversas formas y otorga protección a las víctimas de la misma, disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14490&prmBOLETIN=13928-07>

«libre de violencia», especialmente respecto de algunos grupos vulnerables (art. 89.1).

De esta forma, esta regla puede tener efectos muy importantes y complejos para el futuro de la regulación digital. Es probable que los debates que provoque incluyan una tensión con otros derechos fundamentales, tales como la garantía de libertad de expresión. Como hemos dicho, aun cuando esta norma es una referencia específica a una garantía ya contemplada en la propuesta, su redacción, alcances y efectos son singularmente imprecisos.

2.7. Propiedad intelectual y derechos de autor

La propuesta contiene varias normas que regulan o se relacionan con la propiedad intelectual. El texto reconoce “los derechos de autor sobre sus obras intelectuales, científicas y artísticas” (art. 95.1). Estos derechos incluyen “los derechos morales y patrimoniales sobre ellas” por un tiempo que “no será inferior a la vida del autor” (art. 95.2). La propuesta deja la regulación de estos derechos, incluyendo su tiempo de duración, a la ley (art. 95.2). Además, la propuesta agrega que también se protegerán “los derechos de intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones”, aunque deja su regulación a la ley (art. 95.2). Finalmente, pero no por eso menos importante, el texto contiene varias reglas relacionadas con la noción de acceso al conocimiento que pueden tener implicancias para la propiedad intelectual (e.g., arts. 61.4, 92.4, 96 y 97), como explicaremos a continuación.

La Constitución actual hace referencia expresa a la propiedad intelectual. Lo hace a través de una garantía de libertad de creación y difusión, incluyendo expresamente al derecho de autor y a la propiedad industrial dentro de ella.²⁶

De buenas a primeras el texto propuesto parece no innovar en lo sustantivo respecto de la protección de la garantía. Pero una mirada un poco más detenida permite identificar al menos tres elementos nuevos:

Primero, no hay una referencia expresa a la propiedad industrial. La garantía establecida en la propuesta no hace referencia al género propiedad intelectual –que engloba al derecho de autor y a la protección de patentes y marcas– sino solo a la especie derecho de autor.

En segundo lugar, para tener una comprensión más completa de la garantía establecida en el art. 95, es necesario hacer un ejercicio de interpretación sistemática con otras normas que lo complementan. El texto propuesto contiene reglas sobre acceso al progreso científico (art. 61.4), las culturas, artes y conocimiento (art. 92), la información (art. 61.2, art. 167) y la educación (art. 35.7). Además, vale notar que los aspectos de acceso tienen un lugar

²⁶ Art. 19 N 25 Constitución de 1980.

importante en el tratamiento de los derechos de autor en el derecho internacional de los derechos humanos.²⁷ Así, es posible que estas reglas de la propuesta influirán la interpretación de los derechos de autor del art. 95 y la configuración de eventuales limitaciones a los mismos.

Por último, el texto de la propuesta constitucional no hace referencia directa a aquellos asuntos que, vinculados con la regulación de derechos de propiedad intelectual, han estado al centro de la discusión sobre regulación digital a nivel comparado. Por ejemplo, no hace una referencia expresa a cambios que puedan caberle al régimen de responsabilidad de intermediarios que es parte de la regulación chilena actual.

²⁷ Ver art. 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y estándares para una Internet libre, abierta e incluyente, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016.

3.

Privacidad, datos personales y ciberseguridad

-
- 3.1. Datos personales y su tratamiento
 - 3.2. Ciberseguridad

3.1. Datos personales y su tratamiento

La propuesta consagra un derecho a la autodeterminación informativa y a la protección de datos personales además de proporcionar una definición de este derecho (art. 87.1). Además, dice que el tratamiento de datos personales es admisible solamente en los casos permitidos por la ley (art. 87.2) y establece una serie de «principios» para su tratamiento, el que debe respetar la «licitud, lealtad, calidad, transparencia, seguridad, limitación de la finalidad y minimización de datos» (art. 87.2). Finalmente, la propuesta crea una Agencia Nacional de Protección de Datos y regula su objeto —velar por la promoción y protección de los datos personales— y facultades, además de establecer una reserva legal en esta materia (art. 376).

La propuesta definitiva innova en varios sentidos respecto a la actual regulación constitucional, que se limita a reconocer a todas las personas «la protección de sus datos personales» y a reservar su regulación a la ley (art. 19 número 4), además de asegurar la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (art. 19 número 5). La propuesta se aparta de la regulación constitucional actual de varias maneras y ellas tienen implicancias importantes para la regulación legal e infra-legal del tratamiento de datos personales.

Primero, la propuesta de la Convención entrega reconocimiento constitucional a un órgano dedicado exclusivamente a regular el tratamiento de datos personales: la Agencia Nacional de Protección de Datos.

Al momento de escribir estas líneas esta Agencia no existe, aun cuando actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de ley que, entre otras cosas, la constituye.²⁸ Si este proyecto no se ha transformado en ley al momento de la eventual dictación de la nueva Constitución, ésta lógicamente incentivará su tramitación o la de otro proyecto similar que establezca una Agencia con estas características. En este sentido, el debate legislativo se deberá someter a la nueva exigencia constitucional. Esto supone que el legislador no puede otorgar la competencia para fiscalizar y regular el tratamiento de datos a un órgano distinto a una agencia dedicada a esta materia, como podría ser el Consejo Para la Transparencia, opción que fue

²⁸ Ver proyecto Boletín 11.144–07 Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales, disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11661&prmBOLETIN=11144-07>

discutida y luego desechada durante la tramitación del proyecto de ley Boletín 11.144–07. Una vez que un proyecto de ley haya creado la Agencia de Protección de Datos Personales, la nueva Constitución protegerá este órgano de intentos de eliminarla o reducir sus facultades.²⁹

Segundo, la propuesta de Constitución especifica y expande el alcance del derecho a la protección de los datos personales. En parte porque ahora se llama «derecho a la autodeterminación informativa y a la protección de datos personales» (art. 87.1) y también porque su definición expresa en la propuesta incluye los así llamados derechos ARCO—acceso, rectificación, cancelación y oposición— así como otros derechos como la «portabilidad». Esto puede tener implicancias para el contenido del proyecto de ley en discusión en el Congreso, futuras reformas, y la creación de normas y fiscalización por parte de la futura Agencia de Protección de Datos Personales.

Tercero, la propuesta de Constitución puede tener efectos similares—sobre las reglas legales e infra-legales sustantivas—como consecuencia de los «principios» que establece para el tratamiento de datos reconocidos por la propuesta (art. 87.2). Hay uno que amerita una mención especial: el principio de «lealtad». El concepto de lealtad está recibiendo creciente atención en la comunidad nacional y global que estudia y propone reformas a la regulación de la privacidad de datos.³⁰ Dependiendo de cómo se lo entienda, el principio de lealtad puede justificar la creación de obligaciones dirigidas a los responsables del tratamiento que sean adicionales a las típicas del modelo regulatorio del «control» o consentimiento que permea nuestra legislación (y también al proyecto de ley en discusión en el Congreso).

²⁹ El inicio de la existencia de la Agencia Nacional de Protección de Datos está supeditada a la dictación de su regulación legal. No basta con la mera dictación de la nueva Constitución. Ver la norma transitoria 47 de la propuesta de Constitución. Si la Agencia es creada antes de la dictación de la Constitución, se le aplicará la norma transitoria 55, que contiene reglas sobre la transición de los órganos de rango legal bajo la actual Constitución que son «elevados» a rango constitucional por la nueva Constitución.

³⁰ Ver Neil M. Richards y Woodrow Hartzog, «A Duty of Loyalty for Privacy Law», *Washington University Law Review* 99 (2022): 961–1021 y Neil Richards, *Why Privacy Matters* (New York: Oxford University Press, 2022).

3.2. Ciberseguridad

La propuesta consagra un «derecho a la protección y promoción de la seguridad informática», y explícitamente extiende las obligaciones que se siguen de este derecho al Estado y los particulares. Estos deben garantizar «la integridad, confidencialidad, disponibilidad y resiliencia de la información que contengan los sistemas informáticos que administren», aunque la ley puede establecer excepciones a estos deberes (art. 88).

La actual Constitución carece de reglas sobre seguridad informática.

Las reglas de la propuesta tienen obviamente implicancias para la regulación digital. Estas reglas deben entenderse en conexión con otras, tales como la de educación digital y la garantía de vivir en un espacio digital libre de violencia, en el sentido que la seguridad informática, en los términos expresados por el art. 88, es una suerte de elemento habilitante para el ejercicio de otras garantías que el texto contempla para el entorno en línea. Un sinnúmero de actores de la sociedad actual—organismos públicos, plataformas dominantes de redes sociales, pequeñas empresas, y muchos otros—administran sistemas informáticos. El legislador podría invocar la norma para justificar regulaciones legales de la materia que alcancen tanto al Estado como a los particulares. Por ejemplo, a propósito del proyecto de ley que «Establece una Ley Marco sobre Ciberseguridad e Infraestructura Crítica de la Información».³¹

Parece importante destacar la novedad y naturaleza de la norma constitucional. No sólo hace alcanzable sus términos a privados, sino que además pareciera que a través de ella la Constitución estableciera parámetros y condiciones mediante las cuales espera que se desarrolle el avance tecnológico. El que se garantice la integridad, confidencialidad, disponibilidad y resiliencia de la información que contengan los sistemas informáticos pareciera ser el punto de partida para la manera en la que el texto constitucional se imagina el desarrollo digital.

³¹ Ver proyecto Boletín 14847-06 que Establece una Ley Marco sobre Ciberseguridad e Infraestructura Crítica de la Información, disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15344&prmBOLETIN=14847-06>

4.

Protección de consumidores y usuarios

4. Protección de consumidores y usuarios

La propuesta reconoce varios derechos de «toda persona, en su condición de consumidora o usuaria»: «a la libre elección, a la información veraz, a no ser discriminada, a la seguridad, a la protección de su salud y el medioambiente, a la reparación e indemnización adecuada y a la educación para el consumo responsable» (art. 81.1). La propuesta especifica cómo el Estado debe proteger estos derechos: «mediante procedimientos eficaces y un órgano con facultades interpretativas, fiscalizadoras, sancionadoras y las demás que le otorgue la ley» (art. 81.2).

La actual Constitución no contiene menciones expresas sobre derechos de los consumidores ni menos «consumidores o usuarios». Esta es otra materia en la cual la propuesta innova.

Las reglas propuestas por la Convención son relevantes para la regulación digital por al menos tres razones.

Primero, porque es posible que estos derechos y deberes de protección sean aplicables obviamente a las plataformas digitales en general, incluyendo aquellas que ofrecen servicios «gratuitos». La propuesta se refiere al titular de los derechos mencionados como «toda persona (...) en su condición de consumidora o usuaria». El término «usuaria» (y «usuarios») se puede entender, al menos, en dos maneras, una con un alcance más reducido que el otro.

Una posibilidad es que el término constitucional «usuario» tenga el mismo significado que tiene el término «usuario» en la Ley 19.496 sobre protección de los consumidores: «usuario» como mero sinónimo de «consumidor», que a su vez esta ley define como un destinatario de bienes o servicios en el marco de un acto jurídico oneroso, i.e., en el cual ambas partes incurren en un sacrificio o costo como contraprestación a la ventaja recibida.³² Pero una segunda posibilidad es que el término constitucional «usuarios» tenga un alcance más amplio: que incluya destinatarios de bienes o servicios en el marco de relaciones que son «gratuitas». La cuestión es importante porque, como es sabido, muchas plataformas digitales—e.g., Facebook o

³² Ver Ley N° 19.496 Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, art. 1.

Gmail—entregan sus servicios de manera gratuita, al menos en el sentido estrictamente jurídico del término. Esta segunda interpretación es posible porque el término «usuario», en el lenguaje ordinario contemporáneo, es utilizado precisamente para hablar de los destinatarios de esas (y otras) plataformas. Si ello es correcto, los derechos y deberes de protección establecidos en la propuesta alcanzarían, por mandato constitucional, a muchos tipos de plataformas, sin importar si sus servicios son gratuitos o pagados.

Segundo, las reglas sobre protección de los «derechos de los consumidores y usuarios» de la propuesta son importantes porque pueden ayudar a fortalecer el rol del Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), un servicio que ya juega un rol como regulador de algunos servicios y plataformas digitales. El potencial fortalecimiento del Sernac es una consecuencia del art. 81.2, que obliga al Estado a proteger esos derechos mediante un «órgano» y especifica cuáles serán sus potestades: «interpretativas, fiscalizadoras, sancionadoras y las demás que le otorgue la ley». La concentración de estas potestades en un solo órgano no es un asunto pacífico bajo la actual Constitución. En una sentencia del año 2018, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional algunas disposiciones de un proyecto de ley que precisamente buscaba concentrar en el Sernac un conjunto de potestades fiscalizadoras, sancionatorias y normativas.³³ Lo rechazado por el TC es afirmado por la propuesta de nueva Constitución.

Tercero, asumiendo que estas normas auguran un eventual rol más pronunciado que el actual del Sernac—o el órgano que lo reemplace—en materia de regulación digital, ellas pueden generar conflictos entre órganos públicos y la necesidad de regular su adecuada coordinación. Por ejemplo, entre el Sernac y la futura Agencia de Protección de Datos Personales.

³³ Para un resumen de la sentencia, ver «TC declaró inconstitucionales normas contenidas en proyecto que amplía facultades del Sernac.», Diario Constitucional, 19 de enero de 2018 <https://www.diarioconstitucional.cl/2018/01/19/tc-declaro-inconstitucionales-normas-contenidas-en-proyecto-que-amplia-facultades-del-sernac/>

5.

Democracia, otros procesos de toma de decisiones del Estado, y transparencia

5.1. Participación ciudadana

5.2. Gobierno digital

5.3. Transparencia

5.1. Participación ciudadana

La propuesta de nueva Constitución consagra un amplio derecho de participación política (art. 152). A propósito de este derecho, la propuesta obliga a los órganos del Estado a «disponer de los mecanismos para promover y asegurar la participación y deliberación ciudadana incidente en la gestión de asuntos públicos, *incluyendo medios digitales*» (art. 152.2, énfasis agregado). Finalmente, este artículo ordena al legislador a regular esta «utilización de herramientas digitales» (art. 152.3). Específicamente, la propuesta indica que estas herramientas digitales deben ser «distintas al sufragio» (art. 152.3).

Respecto del último punto, es importante destacar que el establecimiento de la frase que excluye el sufragio de aquellos medios digitales que aseguran la participación y deliberación ciudadana no es casual. El origen de esta norma es la Iniciativa Convencional 966 que, de hecho, en su redacción es aún más explícita al respecto indicando que «La ley regulará la utilización de medios tecnológicos en la implementación de los mecanismos de democracia directa, *«distintos del sufragio»*» (énfasis agregado). Ello, además, es reflejo de lo señalado por múltiples agrupaciones de expertos y expertas y sociedad civil que expusieron respecto de democracia digital en la Convención, donde en su gran mayoría fueron explícitas respecto de la necesidad de excluir al voto electrónico.³⁴

A mayor abundamiento, al igual que el artículo 15 de la actual Constitución, el artículo 160.1 de la propuesta de nueva Constitución establece que el sufragio es personal y secreto. Esto implica la necesidad de un acto de votación presencial de cada individuo y por tanto, el voto electrónico no sería posible.

Si bien el texto constitucional no establece una prohibición *explícita* respecto de su implementación, tanto el sentido literal de la norma del art. 152.3, como lo indicado en otras partes de la propuesta en asuntos de ciberseguridad, entre otros, parecen establecer una prohibición implícita para que el Estado implemente sufragio electrónico.

Estas normas sobre participación política mediante mecanismos digitales son inéditas en el derecho constitucional chileno. Su implementación requerirá de infraestructuras tecnológicas que el Estado tendrá que desarrollar, ya sea de manera autónoma o en colaboración con el sector privado. El legislador tendrá que definir el rol que podrán tener las plataformas privadas en esta materia.

³⁴ Ver, por ejemplo, <https://www.derechosdigitales.org/17510/tecnologia-y-derechos-humanos-en-la-nueva-constitucion-esperanzas-y-riesgos/>

5.2. Gobierno digital

La propuesta de nueva Constitución manda al Estado a adoptar mecanismos de «modernización» (art. 178). Entre ellos, el Estado debe utilizar «los avances de las ciencias, la tecnología, los conocimientos y la innovación para promover la optimización y mejora continua en la provisión de los bienes y servicios públicos» (art. 178.1) (énfasis agregado). La disposición contempla la existencia de un órgano a cargo de la modernización de la Administración del Estado, cuya configuración debe ser establecida por ley (art. 178.2).

Esta disposición sobre modernización es inédita en el derecho constitucional chileno. De manera similar a las reglas sobre participación política, tiene implicaciones para la regulación digital:

Primero, el Estado tendrá que resolver qué mecanismos tecnológicos utilizará en la modernización del Estado, y qué rol jugará en esta materia los bienes y servicios desarrollados por el sector privado. Es interesante que el texto constitucional no haga referencia al punto, lo que permite deducir que no existe un mandato directo al desarrollo de tecnología digital por parte del Estado, sino que permite la participación de actores privados.

En segundo lugar, tendrá consecuencias directas en la Ley N° 21.180 de Transformación Digital del Estado, pues recientemente se modificó la normativa para incorporar criterios de gradualidad y ampliar su plazo de implementación. Seguramente, habrá cambios dirigidos en la aceleración de sus tiempos de implementación y en los procesos de adecuación para que los actos de la Administración se realicen mediante medios electrónicos.

La tercera consecuencia, se deriva de la primera: La Ley de Transformación Digital de Estado establece que el Gobierno, a través de la División de Gobierno Digital, facilitará el proceso y dará apoyo técnico para implementación de la ley. La nueva regla constitucional implicará sin duda un cambio en la División de Gobierno Digital, que probablemente deje de existir cuando el legislador cree el nuevo organismo a cargo de la modernización del Estado. Asimismo, supone que distintas divisiones de distintos ministerios que actualmente tienen competencias en la materia debieran agruparse en este nuevo órgano.

5.3. Transparencia

La propuesta asegura y regula varios aspectos de la «transparencia de la información pública» (art. 167). El acceso a la información pública debe estar facilitado «de manera comprensible y oportuna, periódica, proactiva, legible y en formatos abiertos» (art. 167.1). Establece y define el principio de transparencia estableciendo una obligación al Estado que la «información pública sea puesta a disposición de toda persona que la requiera y procurando su oportuna entrega y accesibilidad» (art. 167.1).

La constitución actual, al hacer referencia al mismo principio, lo hace estableciendo el principio de probidad en las actuaciones del Estado (art. 8). De ese principio se desprenden que los actos del Estado y sus fundamentos revisten carácter público (art. 8 inciso 2). Este principio también gobierna la función pública en el texto propuesto (art. 165 y siguientes) y se concretiza en particular al asegurar la transparencia de la función pública.

La referencia a los «formatos abiertos» a propósito de la transparencia es inédita en el derecho constitucional chileno. Con ella, la propuesta constitucional detalla las formas en las que este principio de transparencia debe traducirse. En particular, debiera hacerse en formatos que tengan la característica de *abiertos*. Sin entrar en el detalle respecto del alcance del vocablo «formatos», que excede el alcance de este informe, la referencia a que ellos deben ser abiertos es una referencia directa a formatos de almacenamiento de datos que se encuentran distribuidos a través de una licencia de derecho de autor de aquellas denominadas *abiertas*. Una licencia abierta es aquella que permite a terceros distintos del titular de derechos de autor poder acceder, usar, reutilizar y compartir contenido. En este sentido, como mínimo, el texto constitucional establece que la información pública debe estar almacenada y ser accesible en formatos que *no sean* propietarios. Una interpretación también posible es que la manera en la que se asegura que la información elaborada con presupuesto público sea pública «cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento» (art. 167.2) sea a través de la distribución de dicha información (no solo su formato, sino también su contenido) a través de una licencia abierta, que permita su acceso, uso y reutilización por parte de terceros.

6.

Otros temas

6.1. Bioética

6.2. Desconexión digital en el contexto del trabajo

6.3. Derecho a la educación digital

6.1. Bioética

La propuesta establece que las ciencias y tecnologías, sus aplicaciones y procesos investigativos deben desarrollarse según los principios bioéticos de solidaridad, cooperación, responsabilidad y con pleno respeto a la dignidad humana (art. 98). Además, establece que existirá un Consejo Nacional de Bioética (art. 99.1), regula alguna de sus funciones—asesorar a los organismos del Estado en los asuntos bioéticos —y, establece una reserva legal en esta materia (art. 99.2).

La actual Constitución no contiene mención alguna a los principios de la bioética, ni menos a un Consejo consultivo. Lo más cercano, es el actual artículo 19 N°1 de la Constitución, que contiene una norma sobre protección de los neuroderechos y la integridad mental, y el desarrollo de la investigación y las neurotecnologías.

En consecuencia, su consagración es relevante y probablemente tenga impactos en materias de regulación digital, al menos, por dos razones:

La primera, es a propósito de la reciente reforma constitucional que incorporó un nuevo inciso en el actual artículo 19 N°1 de la Constitución³⁵ sobre el desarrollo científico y tecnológico y el resguardo de la actividad cerebral, que con la aprobación de la nueva propuesta constitucional, quedaría derogado automáticamente. Por consiguiente, la consagración de la observancia de los principios bioéticos para el desarrollo de las ciencias y tecnologías, pareciera ser su reemplazante natural: El Consejo Nacional de Bioética tendrá no solo que «asesorar a los organismos del Estado en los asuntos bioéticos que puedan afectar a la vida humana, animal, la naturaleza y la biodiversidad» sino que también recomendará la dictación, modificación y supresión de normas que regulen dichas materias (art. 99.1).

La segunda, tiene que ver con su implementación: A diferencia de otras materias reguladas en la propuesta de nueva Constitución — en donde se establecieron plazos específicos para su implementación - mientras no se

³⁵ Art. 19 N° 1. inc. 4: El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella;

dicte su ley de organización, funcionamiento y competencia, no existirá el Consejo Nacional de Bioética (art. cuadragésimo séptimo transitorio), y por tanto, sin perjuicio que existan constitucionalmente los principios bioéticos, no habrá institucionalidad para velar por su cumplimiento.

De todos modos, está por verse como el legislador definirá el rol que podrán tener las plataformas privadas en esta materia, la eventual coordinación con la nueva Agencia Nacional de Protección de Datos y la forma en que el nuevo Consejo Nacional de Bioética incidirá en la tramitación de proyectos de ley que regulen el desarrollo de tecnologías que afecten la vida humana — o no — y el alcance que tendrán sus recomendaciones y asesoramiento a los organismos del Estado. Esto último no es de poca importancia: el Consejo tendrá la facultad de recomendar la dictación, modificación y supresión de normas que regulen dichas materias (99.1).

6.2. Desconexión digital en el contexto del trabajo

La propuesta reconoce el derecho al trabajo y a su libre elección. Además, consagra una serie de derechos laborales básicos, de carácter social, como el «trabajo decente» dentro del cual se incluyó el derecho «a la desconexión laboral» (art. 46.1). Asimismo, establece la creación de un órgano autónomo para la fiscalización y resguardo de estos derechos (art. 46.7).

La propuesta de nueva constitución contiene una serie de artículos de regulación laboral que innovan en varios sentidos respecto a las reglas constitucionales actuales, en la medida que incorporan de forma expresa el reconocimiento al trabajo decente, y una serie de derechos laborales básicos. Entre ellos, se incluyó el derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre y a la desconexión digital (46.1).

La inclusión del derecho a la desconexión digital pareciera tener dos efectos regulatorios relevantes:

El primero, es su reconocimiento constitucional. Actualmente la materia se encuentra regulada a nivel legal, en la Ley N° 21.220, que modificó el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia y teletrabajo, e incorporó el derecho a la desconexión. Así, pareciera ser que la actual normativa -que está enmarcada dentro del trabajo a distancia- requerirá por parte del legislador, una regulación más profunda y detallada, pues el nuevo derecho a la desconexión digital tendrá ahora un alcance más amplio, por cuanto podría no restringirse solamente a las relaciones de trabajo a distancia e incluir, por parte de las empresas y empleadores, que se disponga de soportes técnicos, redes y recursos para responder a este nuevo derecho y sus requerimientos.

El segundo tiene que ver con su implementación y fiscalización: la nueva regla constitucional establece la creación de un órgano autónomo encargado de la fiscalización y la protección eficaz de las y los trabajadores (46.7). Lo más probable, es que la actual Dirección de Trabajo asuma mucha de estas nuevas funciones mientras que, dentro de un plazo de 24 meses desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución, el Ejecutivo deberá presentar un proyecto de adecuación laboral, que podrá contemplar (o no) la creación de un nuevo organismo (art. trigésimo transitorio).

6.3. Derecho a la educación digital

La propuesta consagra el derecho a la educación digital, al desarrollo del conocimiento, pensamiento y lenguaje tecnológico, así como a gozar de sus beneficios. Además, configura un mandato para el Estado, en el que éste debe asegurar que toda persona pueda ejercer sus derechos en los espacios digitales (art. 90).

Este derecho es una novedad para el actual régimen constitucional chileno. Pues el actual artículo 19 N°10 de la Constitución solo establece el deber del Estado de *estimular* la investigación científica y tecnológica. Mientras que el nuevo derecho a la «educación digital, al desarrollo del conocimiento, pensamiento y lenguaje tecnológico, así como a gozar de sus beneficios» dispone obligaciones más concretas para el Estado y estipula en específico un conjunto de competencias asociadas a las habilidades tecnológicas que el Estado debe garantizar.

Lo anterior, pareciera tener dos consecuencias de impacto regulatorio y en la creación de políticas públicas:

Primero, la implementación del nuevo Sistema Nacional de Educación, el nuevo Sistema de Educación Superior y el Sistema de Educación Pública (arts. 36 y 37), deberán incorporar medidas que contemplen este nuevo derecho. El artículo vigesimoséptimo transitorio establece que el Presidente de la República tendrá 24 meses para dictar las leyes que creen e implementen estos sistemas.

En segundo lugar, el artículo agrega que para ello «creará políticas públicas y financiará planes y programas gratuitos con tal objeto». De esta forma, existirá un mandato constitucional específico para que el Estado cree políticas públicas y financie planes y programas que garanticen la «educación digital»: Ya sea mediante el fortalecimiento de programas educacionales existentes —e.g., el Plan de Formación Ciudadana—, la revisión de la malla curricular y los lineamientos que rigen a los establecimientos educacionales, como también la implementación de programas de alfabetización digital por parte de las Municipalidades que promuevan la participación ciudadana (216.2).

7.

Consideraciones generales y metodológicas sobre la implementación de la nueva Constitución

7.1. El rol de los tribunales y otros órganos públicos

7.2. La interpretación constitucional

En esta última sección realizamos algunas consideraciones generales sobre la implementación de la Constitución. Específicamente, sobre el rol de los tribunales de justicia en procesos constitucionales vis-à-vis otros órganos del Estado, y sobre el método de interpretación de la Constitución. Ello con el fin de clarificar y justificar algunas decisiones metodológicas del informe y aportar al debate sobre estas materias, que también son importantes para entender el futuro de la regulación digital bajo la nueva Constitución.

7.1. El rol de los tribunales y otros órganos públicos

Este informe ha estudiado los eventuales efectos del texto constitucional sobre la regulación digital con un foco en las leyes legal. El informe dice poco sobre el rol de los tribunales en el marco de los procedimientos constitucionales y sus relaciones con otros órganos del Estado. Por supuesto, la eventual judicialización de la regulación digital constitucional es un tema importante. Pero realizar predicciones en esta materia es complejo—supone sopesar muchos factores—y supondría expandir demasiado el alcance de este informe. En cambio, aquí nos limitamos a ofrecer tres reflexiones iniciales que pueden contribuir a la discusión, y que también ayudan a entender por qué nos enfocamos aquí en la relación entre Constitución y legislación.

Primero, la propuesta de Constitución incluye una Corte Constitucional que reemplazaría al actual Tribunal Constitucional (arts. 377–383). Es posible que la Corte Constitucional tenga un rol menor en la implementación de las normas constitucionales sobre regulación digital (art. 381). A diferencia del Tribunal Constitucional, la Corte carecerá de una potestad para controlar la constitucionalidad de proyectos de ley antes de su promulgación. Además, la propuesta expresamente obliga a la Corte a ser deferente respecto del legislador (art. 377). Cualquiera sea el rol que tenga la Corte Constitucional en la regulación digital, es posible que sea menor que el que ha tenido el Tribunal Constitucional en otros asuntos que son importantes para sociedad chilena.

Segundo, la propuesta de Constitución establece una acción de amparo constitucional. Se trata de una acción judicial análoga al «recurso de protección» ya contemplado en la actual Constitución. La acción de la propuesta puede ser utilizada para proteger derechos constitucionales infringidos por particulares o por el Estado (por vías distintas a la ley) (art. 119). Muchas de las reglas constitucionales que examinamos en este informe reconocen derechos y, por lo tanto, invitarán la judicialización de su aplicación por la vía de la acción de amparo constitucional. Sin embargo, la propuesta

agrega que esta acción no procederá si el derecho vigente ya contempla una «acción, recurso o medio procesal» que proteja el derecho en cuestión (art. 119.2).³⁶ Varias leyes sobre regulación digital ya incluyen medios procesales respecto de derechos reconocidos en la propuesta. Y es posible que lo mismo ocurra con otros derechos en los próximos años, como consecuencia de proyectos de ley que hoy se discuten en el Congreso o que se discutirán como consecuencia de la nueva Constitución. Este escenario sugiere un rol disminuido para los tribunales en el contexto de la acción de amparo constitucional.

Tercero, si lo anterior resulta ser cierto—e insistimos que es difícil realizar pronósticos en esta materia—esperamos que los protagonistas de la regulación digital, si la propuesta es aprobada, serán el Poder Legislativo—los órganos a cargo de la creación de las leyes—y los órganos especializados de naturaleza administrativa creados por las leyes.

Por supuesto, está por verse qué rol jugarán los tribunales y las acciones constitucionales en materia de regulación digital. Es una cuestión que sin duda debe ser parte de la discusión a la cual este informe intenta contribuir.

7.2. La interpretación constitucional

Como advertimos en la introducción y lo hemos hecho al estudiar las disposiciones de la propuesta de Constitución, en este informe nos hemos enfocado en entender el significado semántico del texto.

Por supuesto, nuestro foco en el significado semántico del texto necesariamente deja muchas preguntas sin contestar. Como toda Constitución, a menudo el texto propuesto por la Convención es vago o indeterminado. Su texto se limita a entregar un marco o dirección para los debates legislativos, debates en los cuales diversos actores articularán ideas más concretas sobre lo que «realmente» es exigido por la Constitución. En este informe no hemos entramos en estos debates, a menos que el texto sea particularmente preciso. Así, a menudo nos hemos limitado a constatar que el texto admite distintas interpretaciones.

³⁶ Con ciertos límites: este requisito de admisibilidad deja de ser relevante en «aquellos casos en que, por su urgencia y gravedad, [la improcedencia de la acción] pueda provocarle [a la persona que interpone la acción] un daño grave inminente o irreparable» (art. 119.2).

Este énfasis en el tenor literal del texto se debe a que asumimos que la mayoría de las autoridades a cargo de la implementación de la nueva Constitución interpretarán sus disposiciones privilegiando el significado semántico del texto por sobre otros elementos interpretativos. En particular, es probable que las opiniones de los convencionales expresadas durante los debates de la Convención o en el contexto del plebiscito de salida tendrán una importancia menor en la interpretación constitucional del futuro. Creemos que un método de interpretación «textualista» es adecuado por razones pragmáticas, morales y jurídicas, aunque justificar esta afirmación escapa a los alcances de este informe.³⁷ Pero incluso si un método de interpretación distinto es adoptado—e.g., el originalismo—es altamente probable que los intérpretes darán inicio a su tarea considerando el significado semántico del texto. Esta es una razón para privilegiar ese significado en un análisis preliminar de la propuesta de Constitución, que es precisamente aquello que ofrecemos en este informe.

³⁷ En términos más precisos, nos referimos al significado semántico relativamente contextualizado: el significado del conjunto de palabras, frases u oraciones de cada regla según el lenguaje español-chileno, entendidas en el contexto del resto del artículo que la contiene (si existe), otros artículos de la propuesta, e ideas sobre las circunstancias en las cuales la propuesta fue redactada que son ampliamente compartidas en la sociedad chilena. Este contexto limitado permite afirmar, por ejemplo, que cuando la propuesta ocupa la expresión «Corte Suprema» ella se refiere a la Corte Suprema de Chile y no a la Corte Suprema de los EE.UU. La noción de significado semántico relativamente contextualizado, que utilizamos aquí, tiene mucho en común con la idea de «tenor literal» tal como es *desarrollada* por las reglas del Código Civil sobre interpretación de las leyes. Al respecto, ver los arts. 19–24 del Código Civil; Alejandro Guzmán Brito, *Las reglas del «Código Civil» de Chile sobre interpretación de las leyes*, 2da edición revisada (Santiago: LegalPublishing Chile, 2011); Alejandro Guzmán Brito, *Codificación del Derecho Civil e Interpretación de las Leyes* (Madrid: Iustel, 2011). Nótese que esta aproximación es compatible con la existencia de reglas que utilizan términos que solo se entienden de acuerdo al significado que tienen en el lenguaje español-chileno para una sub-comunidad del pueblo chileno, e.g., significados técnico-jurídicos (tal como ocurre con la expresión «acciones constitucionales» en el Capítulo II de la propuesta). Para un argumento a favor de priorizar el significado semántico del texto en la interpretación constitucional, ver Frederick Schauer, «Unoriginal Textualism», *George Washington Law Review*, 90 (2022), forthcoming. Para un análisis de las diversas maneras como el contexto puede enriquecer la interpretación constitucional, ver Lawrence B. Solum, «The Public Meaning Thesis: An Originalist Theory of Constitutional Meaning», *Boston University Law Review* 101 (2021): 1953–2048.

Conclusiones



Conclusiones

Los textos constitucionales son muchas cosas pero, entre otras, fruto del tiempo y el contexto en el que nacen. Esto es cierto tanto respecto de la idea misma de constitucionalismo, difícil de explicar sin el contexto intelectual y político predominante a finales del siglo XVIII, como también en cada uno de los esfuerzos constitucionales chilenos desde 1828 en adelante.

Al momento del cierre de este informe nos parece importante hacer referencia a este aspecto contextual, dado que explica nuestras motivaciones a la hora de prepararlo y también permite evaluar de qué manera los distintos contextos que le dieron origen se ven (o no) reflejados en sus normas. El detenernos en los elementos que contempla el texto propuesto que guardan relación con aspectos de regulación digital es también un esfuerzo para conectar la propuesta constitucional con su contexto. ¿Será que el texto refleja de alguna forma la ubicuidad de las tecnologías digitales en la configuración de nuestras comunicaciones, en nuestra relación con otros, en nuestro trabajo y nuestro tiempo libre? ¿Será este un texto que entregue mejores lineamientos u orientaciones para la elaboración de futuras políticas públicas con impacto digital?

A modo de conclusión, creemos necesario destacar al menos cuatro puntos dentro de aquellos que hemos podido analizar en el contexto del informe:

1. La propuesta constitucional es novedosa al contemplar una serie de elementos que tienen relación con el espacio digital. A diferencia del texto de la Constitución vigente, la propuesta constitucional incluye tanto elementos que podrían considerarse propiamente digitales (el principio de neutralidad de la red, el tratamiento de la infraestructura digital, la ciberseguridad, entre otras) como otros donde se agrega la dimensión digital (como en el caso del tratamiento de la transparencia o el derecho a la educación).
2. El catálogo de derechos fundamentales se amplía integrando nuevos derechos y además reconociendo el espacio digital para el ejercicio de los mismos. Un ejemplo de ello es la inclusión del derecho a la seguridad digital y la redacción de la segunda parte del derecho a la educación digital, donde se hay una mención expresa a la eficacia de los derechos fundamentales en los espacios digitales.

3. La propuesta constitucional entrega distintos niveles de discrecionalidad al legislador al momento de implementar normas que tienen componentes digitales. Así, en algunos casos hay menciones expresas a la creación de institucionalidad que, además tiene normas transitorias asociadas. En otros, entrega hace una remisión directa al legislador al momento de la determinación de la manera en que se hacen efectivas ciertas garantías establecidas en el texto (por ejemplo, al momento de establecer las obligaciones, condiciones y límites del derecho a participar en un espacio digital libre de violencia).

4. Por último, una lectura sistemática de las normas que tienen un contenido directo en la regulación digital permite posible sostener que la propuesta constitucional aporta una mirada novedosa y refrescante de la relación entre desarrollo digital y ejercicio de derechos.

Por cierto que el texto de la propuesta constitucional no es el primer instrumento a nivel comparado en sostener una visión del ejercicio de derechos fundamentales en el entorno digital, pero el texto parece tomar decisiones claras respecto de la manera en la que el desarrollo digital debiera avanzar para ser coherente con los valores y derechos reflejados en la Constitución. Ejemplos de ello son la existencia de una garantía de acceso a internet, que el espacio digital debe estar libre de violencia, que la infraestructura de telecomunicaciones es de interés público y las distintas garantías de integridad, confidencialidad, resiliencia y otras que son parte de la denominada seguridad informática.

De ser aprobado el texto de la propuesta de la Convención, seguro tomará varias generaciones para que tanto ciudadanos como instituciones se apropien de sus contenidos y de los mandatos y garantías que incluye.