

# ACCESO A INTERNET GARANTIZADO

## DESCRIPCIÓN BOLETÍN 11037-07

REFERENCIA	Incorpora un numeral nuevo en el artículo 19 de la Carta Fundamental, para consagrar el derecho al acceso a internet y la especial protección a la vida privada en ambientes digitales
INICIATIVA	Moción de los senadores Sres. Girardi y Ossandón
ORIGEN	Senado
COMISIÓN	De Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento <sup>1</sup>
INGRESO	20 de diciembre de 2016
ARTICULADO	Artículo único, que modifica los artículos 19 y 20 de la Constitución Política


<sup>1</sup> La sala del Senado acordó que fuera conocido primero por la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones.

## OPINIÓN EJECUTIVA DE LYD

Este proyecto de reforma constitucional incorpora dos nuevos derechos garantizados. Estos son, en primer lugar, el derecho al acceso a internet y en segundo lugar, la privacidad en ambientes digitales.


Puede valorarse el fin de esta propuesta, pues incide en una materia que ha tenido recientemente el mayor desarrollo a nivel ciudadano; por lo mismo, es atendible pretender garantizar el acceso libre y sin censura a las redes, además de poner límites al Estado para respetar la privacidad de los usuarios. Pero debe tenerse presente que esta proposición incurre en el error de incluir en el texto constitucional, un elemento tecnológico, que por naturaleza es mutable. Además, el derecho garantizado depende de infraestructura para que sea materialmente posible el acceso, lo que excede la naturaleza constitucional e incluso la intención de los autores de la moción.

Respecto de la libertad de expresión, resulta discutible la necesidad de incorporar esta nueva garantía, puesto que ya se encuentra consagrada en términos generales por nuestra Carta Fundamental. No tendría sentido regular de manera específica la libertad de expresión en materia digital a través del libre acceso a internet, si ya se encuentra regulada de manera amplia.

En términos generales, el proyecto, si bien no es objeto de crítica de fondo importante, toda vez que el acceso a internet es una aspiración compartida, corre serio riesgo de ser una proposición inútil por su carácter programático y por incidir en una materia que es preferible mantener en el plano legal 

## CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

Esta moción busca consagrar constitucionalmente las siguientes ideas matrices:

- a.- Garantizar el acceso a internet, que será promovido por el Estado en forma libre e igualitaria.
- b.- Se prohíbe suspender o entorpecer la capacidad de cualquier persona para acceder a los contenidos de internet, ni por parte del Estado, ni por particulares.
- c.- Tampoco se puede obstaculizar la divulgación de información en línea. El Estado no ejercerá control sobre las comunicaciones electrónicas.
- d.- El Estado no obtendrá ni recolectará datos de personas, nacionales o extranjeras, mediante la interceptación de la red pública o de otro medio de comunicación.
- e.- No obstante, los tribunales de justicia, a petición del Ministerio Público, podrán autorizar la interceptación de comunicaciones conteniendo datos de persona determinada, si hubiere sospechas fundadas de la comisión de un delito sancionado con pena de crimen, y siempre que fuere proporcional e imprescindible para la investigación.
- f.- Se garantiza la protección de la vida privada en ambientes digitales. La ley señalará la forma en que se puede dar tratamiento a los datos personales, procurando garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa.
- g.- Se otorga recurso de protección respecto de lo señalado en las letras d.- y e.- precedentes 

## IV. COMENTARIOS DE MÉRITO

**D**ada la formulación poco sistemática del proyecto (puede verse su texto en el punto VI de este informe), parece oportuno, previamente, desarrollar en forma separada las proposiciones que contiene, agregándose un breve comentario. Los puntos que comprende son los siguientes:

### 1. Acceso a Internet como derecho garantizado a todas las personas

No se pretende la consagración de una prestación por parte del Estado, ni garantizar un derecho social de acceso a Internet en su totalidad. Lo que se busca es fijar un objetivo de protección, que permita a todos acceder a la red, sin perturbaciones de terceros.

### 2. Protección de la libertad de expresión ejercida en Internet

Consiste en una especificación de la libertad de expresión, considerada en términos generales. Esto para aplicarlo al ejercicio del derecho en internet y para cumplir la función de incorporar las conclusiones del Consejo de DD.HH. referentes a que la libertad de expresión se ejerce sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija.

### 3. Prohibición del Estado respecto del control de las comunicaciones electrónicas o el ejercicio de actividades de vigilancia masiva e indiscriminada

Se refiere a la protección de la vida privada en ambientes digitales, a través de la prohibición establecida para los órganos del Estado de interceptar las comunicaciones.

### 4. Interceptación de comunicaciones para el ejercicio de la persecución penal

Este proyecto de reforma constitucional reconoce la facultad de los tribunales de justicia de autorizar excepcionalmente la interceptación de comunicaciones sobre una persona, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el procedimiento penal, y en especial, que la interceptación sea proporcional y necesaria para los fines de la investigación.

### 5. Mandato constitucional de dictar una ley que aborde el tratamiento de los datos personales, respecto de las garantías a la privacidad de las personas y al derecho de autodeterminación informativa.

El derecho de la autodeterminación informativa protege al titular mismo frente a posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de los datos, brindando al afectado la posibilidad de lograr la exclusión de los datos que considera sensibles y que no deben ser objeto de difusión, ni de registro. Esto además de la facultad de poder oponerse a la transmisión y difusión de ellos. Al respecto cabe señalar que ya existe en nuestro ordenamiento jurídico una ley sobre la materia (N°19.628).

## 6. Derechos protegidos por el recurso de protección

Además, se propone que estos derechos anteriormente expuestos sean protegidos por la acción constitucional de protección, como mecanismo efectivo para hacerlos valer ante la Corte de Apelaciones competente. Así, cumpliéndose los requisitos establecidos en la Constitución, se otorga la misma herramienta judicial con la que se protege el derecho a la vida, la igualdad ante la ley, el respeto y protección de la vida privada y la honra, la inviolabilidad del hogar, entre otros.

## ANTECEDENTES

### GENERALES

El desarrollo acelerado de las tecnologías digitales y en especial de Internet, ha traído grandes progresos y cambios en materia de acceso al conocimiento y comunicación. Cada vez resulta más importante en los diferentes ámbitos de interacción humana, como por ejemplo, en el laboral, tener la posibilidad de ingresar a la red, a sus contenidos y a participar de los intercambios que en ella se promueven.

Junto con esta revolución digital, que en las últimas décadas ha ido creando un nuevo medio a través del cual las personas pueden desenvolverse e intercambiar información, se han ido presentando múltiples desafíos, de los cuales el derecho ha tenido que hacerse cargo.

En primer lugar, preocupa lo que muchos autores califican como analfabetismo digital. Este se

refiere al nivel de desconocimiento de las nuevas tecnologías, que impide que las personas puedan navegar en la web, disfrutar de contenidos multimedia, socializar en redes sociales, crear documentos digitales o ser capaces de discriminar información relevante o verosímil, de la irrelevante e inverosímil<sup>2</sup>. Esto ha provocado una brecha considerable, en ocasiones, entre personas con mayores y menores recursos, como también entre jóvenes y adultos mayores.

Es necesario que los órganos del Estado y los distintos agentes sociales hagan esfuerzos por incluir a los ausentes del mundo digital, de la misma manera como en el pasado se ha enseñado a leer y a escribir a las personas, incluyendo campañas de alfabetización para adultos, para que puedan comunicarse. Se debe buscar un diseño de políticas públicas destinadas a disminuir la brecha digital, entre quienes tienen acceso efectivo a tecnologías digitales y entre quienes tienen un acceso muy limitado o carecen de él.

El proyecto de reforma propuesto es enfático al señalar que no se trata de un derecho económico o social, que fije una obligación positiva de prestación por parte del Estado, pero tampoco se lo limita al ámbito meramente normativo. De manera que la propuesta deviene en una cuestión un tanto ambigua, que vale la pena discutir y aclarar, para fijar su verdadero sentido y alcance en el terreno práctico.

Junto con el derecho al acceso a internet, la moción busca tratar el tema de la libertad de expresión y la protección de la privacidad en el ambiente digital. Respecto de lo primero, la libertad de expresión, en general, ya se encuentra garantizada en el texto

2 Rosas, María Cristina. El analfabetismo digital. México: América Latina en movimiento online. 2002. Consultado el 21 de diciembre de 2017.

constitucional y se la hace efectiva mediante el recurso de protección. Puede ser objeto de debate el hecho de que se someta o no en esta dimensión constitucional.

La experiencia internacional demuestra que las intervenciones y censuras por parte del Estado al acceso a internet son, lamentablemente, una realidad de la que hay que ser precavidos. Ejemplos emblemáticos son los ocurridos en Egipto y Turquía. En ambos casos, tanto durante el gobierno de Hosni Mubarak, como de Recep Tayyip Erdogan, se ha limitado y hasta prohibido el acceso al mundo digital, sin siquiera una orden judicial, por supuestas razones políticas o de seguridad nacional. Ambos gobernantes han tenido claro que limitar el este acceso es dar un golpe consistente con cumplir con sus propósitos de hegemonía política y para impedir la organización de la oposición o de cualquier intento insubordinado. En ese sentido, se justifica restringir el poder de la administración del Estado frente a actos arbitrarios o discrecionales, que pongan en riesgo una democracia saludable y que establezcan de manera clara las excepciones que permitan a la autoridad echar mano.

La cuestión de fondo no es si se debe o no regular la materia, conforme a las nuevas necesidades y a los hechos señalados. Lo importante es si como nación debemos seguir la tendencia mundial, impulsada por la ONU, de consagrar este derecho a nivel constitucional o basta con regularlo a nivel legal.

Podría, a priori, entenderse el afán por regular la “libertad de expresión digital” y el acceso a internet, ya que de esta manera el Estado cumpliría un rol activo en la búsqueda de disminuir la “brecha digital”. Así a lo menos lo plantea el proyecto de reforma, aunque en realidad, en términos bastante ambiguos, porque no queda muy claro el verdadero sentido y alcance de la norma, ni el rol que realmente debiese cumplir

el Estado. De hecho, no se configura una garantía de acceso con financiamiento fiscal, ni tampoco sería procedente establecerlo, toda vez que existen otras necesidades tanto o más urgentes, todas las cuales se deben estudiar y compendiar en la ley de presupuestos y no en el texto constitucional.

Si bien el acceso a la red es solo un medio por el cual se materializa el derecho a expresarse en forma libre, cuando se vinculan, toma características bastante particulares. En internet, el ambiente es tan dinámico, que pueden interactuar cientos de personas, incluso en forma colaborativa, de una manera que ni siquiera puede lograrse mediante la interacción personal. Sin embargo, tampoco puede perderse de vista el hecho de que internet es simplemente un medio o un vehículo para el ejercicio de libertades democráticas. Es el presupuesto material para el ejercicio de un derecho, así como en el pasado lo era casi exclusivamente la imprenta el medio para ejercer la libertad de expresión.

El vínculo que existe entre el derecho y el medio es tan estrecho, que el derecho (la libertad de expresión) se afecta notablemente sin la consideración del medio (Internet, o la imprenta). No por nada, gran parte de las constituciones del siglo XIX consagraban directamente la “libertad de imprenta”. Así fue en Chile al menos, desde el reglamento constitucional provisorio de 1818, promulgado durante el gobierno de José Miguel Carrera, cuyo referente inmediato en este ámbito se encontraba en el decreto IX de las Cortes Extraordinarias de Cádiz, promulgado en 1810 y en la Constitución de Cádiz de 1812. Pero actualmente, lo que está garantizado constitucionalmente es la facultad de expresión, independientemente del medio empleado para ello.

Puede establecerse un paralelo con el derecho de la libertad ambulatoria que también garantiza la Constitución. Si bien existen muchos medios

de transporte, para llegar a distintos lugares, sean estos lejanos o cercanos, no se consagra un derecho especial para cada uno de ellos. Nuestra Constitución no necesita garantizar de manera específica el derecho a ser usuario del transporte público por ejemplo, o a trasladarse de un punto a otro del territorio mediante un determinado medio de transporte, ya que basta con la libertad ambulatoria en general. Lo mismo ocurre respecto de la libertad de expresión y el acceso a internet, los libros, la prensa escrita, etcétera.

Respecto de la protección de la privacidad en ambiente digital, se hace necesario tener presente la ley 19.628, que establece la protección de datos personales. Si hubiera allí alguna falencia o dificultad, bastaría con estudiar ese aspecto específico y no una reforma constitucional.

## RECURSO DE PROTECCIÓN

El número 2 del artículo único del proyecto de reforma, otorga recurso de protección constitucional en relación a dos materias, una de las cuales es la relativa a la interceptación de comunicaciones para la recolección de datos de una persona determinada, como elemento investigativo, previa autorización de los tribunales de justicia y a solicitud previa de un fiscal del Ministerio Público.

Esta medida investigativa está actualmente regulada, en forma detallada, en varios preceptos del Código Procesal Penal, especialmente en los

artículos 9, 218, 219 y 222. Cuando se violan las formalidades procesales en la resolución que las ordena, se puede interponer el recurso de nulidad, conforme a los artículos 159 y siguientes.

Ahora bien, el proyecto, como se dijo, hace procedente la acción de protección constitucional, la que procedería tanto por incumplimiento de formalidades, superponiéndose a las normas vigentes, como por su mérito, es decir, se podría impugnar la medida en sí misma, aunque no se hubiere incurrido en ningún vicio formal.

La proposición, así entendida, constituye una intromisión en el proceso penal, que haría revisar la medida de interceptación de comunicaciones de internet por la corte de apelaciones respectiva. Ello constituye un cambio sustancial en el diseño del nuevo proceso penal oral.

En todo caso, si se estimara necesaria la revisión jurisdiccional de esta medida u otras de carácter investigativo, debería hacerse dentro del mismo Código y no mediante recursos constitucionales.

El proyecto también hace aplicable el recurso de protección cuando el Estado recolecte datos de personas, nacionales o extranjeras, mediante la interceptación de la red pública o de otro medio de comunicación. Ello no parece necesario desde el momento que el artículo 20 de la Constitución otorga el recurso para tutelar el N°5 del artículo 19, esto es, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. No parece conveniente duplicar recursos para un mismo propósito. Además, genera la duda de interpretación en el sentido de que, al especificar un cierto tipo de comunicación, se puede discutir si otros tipos de comunicación no expresamente señalados están también cubiertos por el recurso, lo que constituye un debilitamiento de esta forma de protección ■■■

# **TEXTO DEL PROYECTO DE** REFORMA CONSTITUCIONAL

**Artículo único.-** Modifícase la Constitución Política de la República de la siguiente forma:

1. Agrégase al artículo 19 <sup>3</sup> el siguiente ordinal 27º, nuevo:

“27º.- El derecho al acceso a Internet y la especial protección de la vida privada en ambientes digitales. En consecuencia, el Estado promoverá el acceso libre e igualitario a la red pública y no podrá suspender ni entorpecer la capacidad de cualquier persona de acceder y utilizar los contenidos ofrecidos a través de ésta.

Ninguna persona podrá impedir u obstaculizar la divulgación de información en línea.

El Estado no ejercerá control sobre las comunicaciones electrónicas, así como tampoco dará tratamiento ni recolectará masiva o indiscriminadamente datos de las personas, sean éstas nacionales o extranjeras, que puedan ser obtenidos mediante interceptación de la red pública o de otro medio de comunicación.

Sólo un tribunal de justicia, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación de comunicaciones para la recolección de datos de una persona determinada, siempre que existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de comisión o participación en un hecho punible sancionado con pena de crimen, y en cuanto tal interceptación sea proporcional e imprescindible para la investigación.

La ley<sup>4</sup> determinará la forma legítima en la que podrá darse tratamiento a los datos personales, procurando garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas”.

<sup>3</sup> Artículo 19 (encabezado)

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

<sup>4</sup> Véase la ley 19.628, de 17 de febrero de 2012, sobre SOBRE PROTECCION DE LA VIDA PRIVADA



2. Modificase el artículo 20, reemplazando la voz “y 25º” por la expresión “25º, y 27º incisos tercero y cuarto”.<sup>5</sup>



<sup>5</sup> El artículo 20 quedaría con la siguiente redacción:

Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º y 27º, incisos tercero y cuarto, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.