



# EXPERIENCIA COMPARADA

**SOBRE LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL  
DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN  
Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES**

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS / DICIEMBRE 2020

CUADERNO DE TRABAJO N°18

# EXPERIENCIA COMPARADA

## SOBRE LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS / DICIEMBRE 2020

Esta obra está licenciada bajo licencia Creative Commons  
Atribución - Compartir Igual 4.0 Internacional



Ediciones Consejo para la Transparencia, Santiago Chile  
Diciembre 2020

**Autor:**

Carlos Carrasco  
Consejo para la Transparencia

**Diseño y Composición:** Natalia Royer

ISSN 0719-4609

# ÍNDICE

---

<b>5</b>	<b>CAPÍTULO 1</b> Presentación
<b>9</b>	<b>CAPÍTULO 2</b> El Estado moderno está basado en Derechos Humanos
9	2.1 Evolución de los tratados de Derechos Humanos
10	2.2 Aplicación de los tratados de los Derechos Humanos
<b>12</b>	<b>CAPÍTULO 3</b> Derechos Humanos constitucionales
<b>14</b>	<b>CAPÍTULO 4</b> La transparencia y la privacidad como Derechos Humanos
14	4.1 Transparencia en el Estado y Derecho de Acceso a la Información
18	4.1.1 El derecho de acceso a la información como derecho constitucional
20	4.1.2 Limitaciones constitucionales
21	4.1.3 Reconocimiento implícito del derecho de acceso a la información pública
22	4.2 Derecho a la Protección de Datos Personales
26	4.2.1 La Protección de datos personales como derecho constitucional
<b>29</b>	<b>CAPÍTULO 5</b> Órgano garante constitucional en Derecho de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales
<b>31</b>	<b>CAPÍTULO 6</b> Conclusión
<b>32</b>	<b>CAPÍTULO 7</b> Bibliografía

*“Los procesos constituyentes son un aspecto central de las transiciones democráticas y la construcción de un Estado. Se presentan como momentos de gran oportunidad para crear una visión común de Estado y sus resultados pueden tener efectos profundos y duraderos sobre la paz y la estabilidad”*  
(Secretario de la ONU, 2009).

# CAPÍTULO 1 PRESENTACIÓN

---

Después de un año de manifestaciones sociales demandando un mayor bienestar, igualdad y derechos, una abrumadora mayoría de chilenos y chilenas decidieron, a través del plebiscito del 25 de octubre, que Chile debe tener una nueva Constitución. Así, luego de treinta años de una aparente estabilidad democrática, nos situamos actualmente en un escenario de desconfianza institucional hacia el Estado, cuyo rol como productor y coordinador de políticas que generen un 'buen vivir', ha sido deficiente. Las instituciones cada vez han ido perdiendo más legitimidad debido a que la ciudadanía ha constatado a lo largo de los años que sus problemas no son atendidos. De acuerdo a Ciper, ha sido la clase política y empresarial la que se ha beneficiado del 'modelo', conformando pactos y diluyendo la delgada línea que existe entre el interés público y el privado<sup>2</sup>. Así, los pilares de la institucionalidad democrática, como el Congreso, los Partidos Políticos, los Tribunales de Justicia, las Fuerzas Armadas, Municipalidades y órganos de gobierno, son -a vista de los chilenos y chilenas- instituciones que han perdido credibilidad. Por tanto, se puede hablar de que el estallido social de octubre de 2019 reflejó, sobre todo, una crisis de representatividad y, con ello, una crisis de la democracia (Alvarado, 2020)<sup>3</sup>.

Los factores de este contexto social, que culminó con la ciudadanía manifestándose en las calles y cuya presión abrió las puertas para iniciar un

proceso constituyente, se detallan en un sinnúmero de artículos. De ellos, uno de los más importantes es el informe '*Diez años de auditoría a la democracia: antes del estallido*' realizado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD, 2019), que ha retratado la radiografía del país durante la última década, sistematizando las principales causas del descontento en Chile:

- **La desigualdad** es uno de los motivos centrales de las manifestaciones ciudadanas. La evidencia muestra que en Chile existe una desigualdad de ingresos muy alta, ubicándose nuestro país en la posición 16 de los países más desiguales del mundo. A esto se suma que la estructura de empleos es precaria y con bajos salarios, lo cual no permite a un trabajador o trabajadora mantener a una familia de tamaño promedio sobre la línea de la pobreza. Además de la desigualdad económica, también existe una desigualdad de trato en las relaciones interpersonales, especialmente con las instituciones públicas. El XI Estudio Nacional de Transparencia (CPLT, 2019) evidencia que un 76% de los chilenos considera que la relación entre los ciudadanos y una entidad pública es de mal trato, especialmente, hacia una condición social más precaria o hacia el género femenino. La desigualdad también se hace patente respecto a las expectativas a futuro. El miedo a envejecer y recibir una baja

<sup>1</sup> El 'modelo' se refiere a la implementación de políticas neoliberales adoptadas por Chile en el marco del consenso de Washington: entre ellas, la apertura del comercio internacional, apertura a la inversión extranjera directa, privatización de empresas públicas, desregulación de mercados, fortalecimiento de los derechos de propiedad. Una de las consecuencias negativas de las reformas del consenso de Washington fue la excesiva concentración de la propiedad y poder económico reflejado en un deterioro de la distribución del ingreso en desmedro de gran parte de la población, pero favoreciendo a pequeños grupos de poder. Ver Ricardo Ffrench Davis (2007) en <https://nuso.org/articulo/entre-el-consenso-de-washington-y-el-crecimiento-con-equidad/>

<sup>2</sup> <https://www.ciperchile.cl/2020/10/31/el-modelo-con-el-que-la-elite-controlaba-la-sociedad-ha-dejado-de-funcionar/>

<sup>3</sup> Ver: 'De la desafección al estallido social' en: [https://www.ciperchile.cl/2020/10/14/de-la-desafeccion-al-estallido-social/#\\_ednref6](https://www.ciperchile.cl/2020/10/14/de-la-desafeccion-al-estallido-social/#_ednref6)

pensión, el temor a enfermarse o recibir una educación deficiente se percibe de manera diferenciada entre las clases sociales. Frente a ello, el informe del PNUD indica que existe la sensación generalizada de injusticia que, en el imaginario de la sociedad chilena, se traduce en una ‘hipoteca de la dignidad’.

• **La brecha social**, es decir, la distancia entre las elite y la ciudadanía, es otro factor que ha desencadenado la crisis social en Chile (PNUD, 2019), debido a que las personas le atribuyen la desigualdad existente a las élites económicas y políticas del país, las cuales han constituido un sistema cerrado que autoproduce sus privilegios. Un reportaje de Ciper denominado ‘Cómo la elite nos hace creer que triunfa porque es inteligente y trabajadora’ (2018),<sup>4</sup> mostró que en 2013, el 50% de los cargos ejecutivos más altos en las empresas chilenas lo ocupan ex alumnos y alumnas de sólo nueve colegios de élite. La realidad es que los mejores puestos laborales los ocupan un minúsculo grupo de personas de un mismo origen social, vetando así las oportunidades para personas talentosas que no son parte de dicho círculo. En consecuencia, la instalación por parte de las élites de la idea de ‘meritocracia’, más que responder a oportunidades a raíz del esfuerzo individual, responde a las redes de contacto de un grupo cerrado de personas que tiene acceso al poder político y económico. Esto desencadena que la movilidad social intergeneracional sea baja: un hijo de una persona rica tiene un 56% de probabilidades de pertenecer al 10% de la población de mayores ingresos. La presentación de las élites a sí mismas como individuos esforzados y que destacan por sus méritos y no por su origen causa indignación en la población general. Esta brecha tiene su correlato en las decisiones que afectan a la ciudadanía: siete de cada diez personas considera que los empresarios tienen mucha o bastante influencia en las decisiones que se toman en el Congreso (PNUD, 2019).

• **Sensación de malestar.** Desde la segunda mitad de la década de los 90 se señalaba la existencia de una paradoja: por una parte,

se destacaban logros importantes a nivel país, tales como el despegue económico y la reducción de la pobreza; sin embargo, estos logros eran acompañados con una incipiente sensación de malestar que era difícil de explicar. Pareciese ser que la inseguridad en ámbitos claves de la vida cotidiana de las personas, como la salud, la educación, las pensiones, el desempleo y la delincuencia, opacaban el éxito económico del país. Dos décadas después, parte importante de la sociedad chilena demanda, con urgencia, cambios precisamente en dicha esferas. La investigadora y directora del Centro Núcleo Milenio Autoridad y Asimetrías de Poder, Kathya Araujo, plantea que si bien la década de los 90 y 2000 fue una época de bonanza en donde se mejoraron las condiciones de vida, existía de todas formas una sensación de ‘abuso’, con bajos salarios y niveles de desigualdad muy altos, lo que terminó por construir una sensación de injusticia.

• **Déficit institucional.** Vinculado a la sensación de malestar, el estudio del PNUD señala que, si bien la democracia aún sigue siendo el sistema político preferido por los chilenos, en los últimos 10 años ha aumentado una percepción crítica hacia ésta. Esta percepción se debe, al menos, a la desconfianza generalizada en las instituciones políticas, como el Congreso Nacional y los Partidos Políticos, los Tribunales de Justicia, las Fuerzas Armadas y de Orden y a otras instituciones que gozaban de una alta confianza, pero que hoy en día, por diversos motivos, suscitan desconfianza de una gran parte de la población, como es el caso de la Iglesia Católica. La desconfianza se debe, como ya se ha documentado en los últimos años en el país, a la mala evaluación de las instituciones públicas, la falta de respuesta de los gobiernos en atender las demandas ciudadanas y, sobre todo, a los constantes casos de corrupción que han salido a la luz durante los últimos años (Saldaña & Pineda, 2019).

• **Nuevas formas de involucramiento político.** Un aspecto relevante de las demandas sociales actuales son las nuevas formas de

relacionamiento de la ciudadanía con la política. Con el retorno a la democracia, encuestas como la Auditoría a la Democracia (PNUD) o Latinobarómetro, han constatado una creciente desafección ciudadana en las instancias de participación política tradicional, cuyo hito se produce con la introducción del voto voluntario. Otras organizaciones tradicionales que generaban instancias de participación política local, como las juntas vecinales, también fueron afectadas por la desafección política. Sin embargo, a partir del 2006, a raíz de las movilizaciones estudiantiles en favor del derecho a la educación, el interés por la participación política creció en forma relevante, a través de la emergencia y fortalecimiento de movimientos sociales y feministas con diversas demandas, como el rechazo al lucro en la educación, mejores condiciones de salud, cambios en el sistema de previsión social y la exigencia de garantizar derechos sexuales y reproductivos, manifestándose en diversos tipos de acciones políticas, como los bloqueos de calles y tomas (PNUD, 2019). La principal característica de la participación política actual es que ocurre al margen de los espacios de representación política formales, por lo que no tiene una articulación definida. Los partidos políticos, sindicatos o gremios no han podido alinear estas fuerzas políticas bajo sus intereses, demostrándose, desde el 'estallido social' de octubre de 2019, un movimiento heterogéneo, fragmentado, con diversas motivaciones, demandas y estrategias de acción y que ha carecido de liderazgos claros (Ibid.).

Ahora bien, la incapacidad del sistema político de procesar y coordinar las demandas ciudadanas propició el desarrollo de un conflicto que decantó en la posibilidad de establecer un nuevo orden social. Los conflictos sociales, como comunicación en negación, implican la posibilidad de reestructuración, de integrar cambios o modificaciones útiles para la sociedad (Luhmann, 2007). Por tanto, el proceso constituyente es el resultado de fuerzas sociopolíticas marcadas por el conflicto, cuya función es solucionar determinados problemas en la vida política de un país (Cantamutto, et. al., 2017).

Siguiendo a O'Donnell (2004), las crisis políticas se pueden ubicar a nivel de gobierno, régimen

o Estado, entendiendo el primero como las posiciones de poder en la cúspide del aparato del Estado, el segundo como las principales vías de acceso a las posiciones de poder en un gobierno, y el tercero, como el conjunto de instituciones y relaciones sociales que penetran y controlan la población en un territorio determinado. La crisis en el país no se sitúa a nivel de gobierno ni de régimen. Si fuesen a nivel de gobierno, bastarían cambios en los cargos de poder, como por ejemplo, los cambios de gabinete, para poder superarla. Si fuese a nivel de régimen, la solución sería cambiar o perfeccionar las reglas para acceder al poder político. La remoción de los Senadores vitalicios, la derogación del sistema binominal o los ajustes para detener el financiamiento ilegal de la política son avances en esta línea; avances necesarios, pero no suficientes. Por ello, la crisis actual es a nivel de Estado, donde el eje del problema se focaliza en los acuerdos más básicos de la sociedad y, en este sentido, el cambio constitucional se abre como la vía institucional para encausar el conflicto social (Cantamutto, et. al. 2019)

Las constituciones ocupan un lugar central en la vida política y social de un país, definiendo generalmente la relación del Estado con la ciudadanía (ACNUDH, 2018). En tiempos de conflictos, una Constitución debe ser capaz de garantizar una cierta estabilidad política y social. No obstante, en tiempos posteriores a un conflicto, la Constitución es una herramienta para introducir cambios sociopolíticos, permitiendo una transformación democrática. Los cambios constitucionales pueden responder a un deseo de redefinir la relación de la ciudadanía con el Estado, distribuir de mejor forma el poder político, a fin de que la Constitución sea más democrática; establecer controles y equilibrios de poder más eficaces; generar un nuevo orden constitucional posterior a un periodo de conflicto; crear una sociedad más equitativa o simplemente responder de mejor forma a los cambios que demandan los electores (ACNUDH, 2018).

Posterior al plebiscito constitucional, ha sido evidente que la sociedad chilena desea una Constitución que esté en consonancia con las demandas ciudadanas; es decir, una Constitución donde los derechos sociales estén garantizados, que profundice y mejore la democracia y que contribuya a generar una mayor bienestar

## EXPERIENCIA COMPARADA CONSAGRACIÓN DAI-PDP

que permee a todos los grupos de la sociedad, dejando atrás el abuso y los sentimientos de injusticia que éste genera.

**En su labor de contribuir al fortalecimiento de la democracia, la integridad de las instituciones públicas, la disminución de los espacios de**

**corrupción y la promoción de la confianza hacia la instituciones que cumplen un rol público, el Consejo para la Transparencia considera que es primordial que el Derecho de Acceso a la Información y el Derecho a la Protección de Datos Personales estén consagrados en la nueva Constitución.**

## CAPÍTULO 2

# EL ESTADO MODERNO ESTÁ BASADO EN DERECHOS HUMANOS

---

Los Estados constitucionales modernos contemplan una serie de características básicas que los identifican como tal: generalmente establecen una democracia representativa combinada con aspectos de la democracia directa; establecen la separación de poderes, que incluye un sistema de contrapoderes entre el Ejecutivo y el Legislativo y otorga la independencia del Poder Judicial; establecen el principio de Estado de Derecho basada en una Constitución; la responsabilidad y la rendición de cuentas por parte de las autoridades públicas; la participación ciudadana en las políticas públicas y la transparencia y acceso a la información de las decisiones adoptadas por las autoridades públicas (Ibid.). No obstante, los Estados modernos no se limitan sólo a regular las relaciones entre sus instituciones y definir procesos formales, sino que sitúan al ser humano en el centro de sus instituciones, “incorporando una declaración de derechos y libertades fundamentales como un elemento esencial de la Constitución” (ACNUDH, 2018:7). Por lo tanto, desde una perspectiva democrática, la Constitución debe servir como “una garantía para el derecho de las personas y un obstáculo para quienes intenten instaurar un régimen autoritario” (Ibid.). A partir de esta premisa, las constituciones basadas en los derechos humanos son las que mejor combaten el autoritarismo y la opresión por parte de los gobiernos.

Históricamente, las constituciones han sido protectoras de la soberanía nacional, expresando los ideales de la Ilustración en relación a salvaguardar los derechos ciudadanos al interior de un Estado. En principio hubo una expansión de los derechos civiles básicos en el siglo XVIII a los derechos políticos en el siglo XIX y luego hacia los derechos económicos y sociales más amplios en el siglo XX (García, 2007.). La estructura orga-

nizacional del Estado-Nación, paulatinamente incorpora a los ciudadanos y ciudadanas como sujetos de derechos amparados bajo una Constitución que, con el tiempo, van ampliando. El enfoque que hay detrás de esto proviene de la doctrina liberal que realza la posición de la persona humana individual.

Por su parte, las constituciones basadas en los derechos humanos centran sus principios en el bienestar de la sociedad, a diferencia de las constituciones que se centran en la organización del Estado. Por lo tanto, las reformas que se pueden realizar al Estado en diversos ámbitos, como salud, educación o medio ambiente, deberían guiarse por medio de la garantía de estos derechos. Según el Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo (ACNUDH, 2018), **el enfoque de derechos humanos permite combatir de mejor forma la desigualdad, las prácticas discriminatorias y las relaciones de poder que perjudican el correcto desarrollo de un país. Así, un proceso constituyente basado en los derechos humanos implica que las normas, principios y garantías de derechos humanos deben ser la esencia de la Constitución del Estado.**

### 2.1 EVOLUCIÓN DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

Desde 1948, los derechos humanos se han expandido explosivamente, convirtiéndose en una base simbólica importante del derecho internacional. La Declaración Universal de los Derechos Humanos es el primer paso en la codificación de los derechos humanos a nivel mundial. Es considerada por muchos como el nacimiento del moderno régimen internacional de derechos humanos (Cope. et al., 2019). En la

declaración se detallan los derechos humanos fundamentales, entre ellos, el nacimiento en libertad, la igualdad de dignidad y derechos, la prohibición de la esclavitud, la servidumbre, el matrimonio forzado, la detención arbitraria, la injerencia en la vida privada, el derecho a la propiedad, a solicitar asilo, expresar las opiniones y a ser educado (Ibid.).

En un comienzo, la declaración establecía dos grandes principios para toda la legislación internacional de derechos humanos: el derecho a la igualdad de trato ante la ley y el derecho a no ser discriminado por motivos de raza, sexo, religión, origen nacional e ideología. El movimiento a favor de los derechos civiles en Estados Unidos, sumado a las reacciones mundiales respecto al 'apartheid' sudafricano y al movimiento de descolonización presionaron para que la no discriminación basada en la raza ocupara un lugar prioritario en los programas internacionales de derechos humanos, culminando en la creación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Este tratado estableció el 'Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial', órgano encargado de la supervisión del mismo, proporcionando un primer modelo para las obligaciones de derechos legalmente vinculantes (Ibid.).

En 1970, los Estados establecieron dos nuevos tratados fundamentales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), los cuales, junto a la Declaración Universal de Derechos Humanos, constituyen la Carta Internacional de Derechos. Tomando como modelo al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el PIDCP creó el Comité de Derechos Humanos para supervisar la aplicación de los derechos civiles y las libertades políticas contempladas en el tratado. El PIDESC, si bien en un principio asignó funciones de supervisión al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en 1985 especializaron la función y crearon el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En 1981, la comunidad internacional de derechos humanos priorizó los derechos de la mujer, entrando en vigor la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

contra la Mujer (CEDAW), buscando asegurar la igualdad ante la ley y la no discriminación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida. Posteriormente, aunque el PIDCP prohibía los actos de tortura, se prohibió explícitamente ese tipo de actos en un tratado separado. De esta forma, se creó la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en 1987. Tres años después, siguieron las protecciones especiales y explícitas para niñas, niños y adolescentes con la Convención Internacional de los Derechos del Niño en 1990.

A los tratados anteriores se le sumaron tratados especializados. En 2003 se creó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias. Le siguieron en 2008 la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en 2010, la Convención sobre las Desapariciones Forzadas.

## **2.2 APLICACIÓN DE LOS TRATADOS DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Cada tratado de derechos humanos tiene su propio comité, al cual los Estados miembros, entre ellos Chile, deben presentar informes periódicos sobre las medias legislativas, judiciales o administrativas adoptadas para hacer efectivas sus obligaciones legales. Todos estos comités tienen el mandato de recibir y examinar dichos informes, formulando observaciones y generando directrices para ayudar a los Estados a un mejor cumplimiento de los derechos. La mayoría de los comités también pueden examinar denuncias realizadas por particulares en caso de vulneración de sus derechos por parte de un Estado parte, siempre y cuando, el Estado haya reconocido este procedimiento (ACNUDH, 2012). En efecto, un comité creado en virtud de un tratado no tiene la capacidad jurídica para hacer cumplir directamente las decisiones en caso de vulneración de Derechos Humanos (Ibid.). Por lo tanto, el hecho de que los países firmen y ratifiquen los tratados internacionales de derechos humanos no implica que estos instrumentos jurídicos afecten el comportamiento de los gobiernos. No obstante, en muchos casos, los Estados partes han cumplido las recomendaciones de los comités y han ofrecido reparación a los demandantes. Tal como lo refleja el estudio

de Cope & Creamer (2016), la ratificación de tratados de derechos humanos puede conducir a mejoras en los derechos humanos en los Estados que están dispuestos a cumplir con las disposiciones de algún tratado. Además, los Estados pueden estar sujetos a denuncias de vulneración de tratados de derechos humanos por otros Estados, aunque este procedimiento se utiliza como 'última instancia' y debe estar sujeto a la aceptación por parte del Estado denunciado de la competencia del comité de algún tratado.

Algunos académicos, como Chaudoin (2014); Chilton (2015) y Kreps & Wallace (2016) (en Cope, et al. 2019), han tratado de elaborar programas de investigación para poner a prueba los mecanismos que usan los gobiernos para cumplir con los tratados, examinando si el conocimiento de la situación jurídica de los derechos humanos

por parte de los ciudadanos afecta su comportamiento para presionar el cumplimiento de alguno de estos derechos (Cope, et al. 2019). Siguiendo con Cope, la información respecto a una acción gubernamental relacionada con derechos humanos puede motivar a los ciudadanos a cambiar sus prácticas mediante las elecciones o movilizaciones políticas, no obstante a que el efecto del derecho internacional sobre la opinión pública pueda también depender del contexto nacional. Los procesos institucionales posteriores a la ratificación de un tratado, como la vigilancia o la elaboración de informes, también puede ayudar a facilitar los cumplimientos, ayudado por los comités creados, cuya función es supervisar la aplicación de los mismos mediante un examen periódico de las prácticas de un gobierno, generando recomendaciones para un mejor cumplimiento de los derechos.

## CAPÍTULO 3

# DERECHOS HUMANOS CONSTITUCIONALES

---

Los derechos humanos no se limitan sólo a los tratados. Actualmente, la gran mayoría de los países tienen constituciones escritas que incluyen derechos humanos internacionales. Ejemplo de ello, es que la libertad de religión no sólo se puede establecer en el PIDCP: también está establecida en el 97% de las constituciones nacionales (Cope, et al. 2019). La libertad de expresión, el derecho a la privacidad, el derecho a la igualdad de género, por nombrar algunos, no sólo están contenidos en los diversos tratados de derechos humanos, sino que en más del 90% de las constituciones vigentes. Muchos derechos del PIDESC están ampliamente protegidos por las constituciones nacionales: en 2012, un 81% de las constituciones incluían el derecho a la educación, el 71% protegía el derecho a la salud, el 63% protegía el derecho a la seguridad social y un 39% garantizaba el derecho a la vivienda (Ibid.).

Entre los derechos, a nivel mundial, que gozan de mayor acuerdo ciudadano, se encuentran el derecho a la igualdad de género y las disposiciones concernientes a la maternidad, los derechos ambientales, los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de minorías y los derechos de propiedad intelectual. En Chile, la IV Encuesta Nacional de Derechos Humanos (2018)<sup>5</sup>, sostiene que los derechos más populares son los asociados a los derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la salud (22%), a la educación (19,3%), a la vivienda (19,3%), al trabajo (11,5%) y a expresarse libremente (9,1%).

Según Cope et. al. (2019), una diferencia fundamental entre ratificar tratados internacionales de derechos humanos y la aplicación constitucional de los mismos, es que estos últimos, en

términos de garantizar derechos, se consideran más fuertes que los tratados. Los tratados de derechos humanos no son legalmente exigibles, sino que son supervisados por órganos creados en virtud de cada tratado, pero carecen de la capacidad jurídica para emitir decisiones jurídicamente vinculantes. Para que un tribunal nacional esté facultado para hacer cumplir los derechos humanos, éstos deben estar implementados en la legislación nacional. Lo anterior no quiere decir que los tratados no tengan utilidad, más bien, son un complemento para la protección de derechos, junto a las legislaciones nacionales: **algunas investigaciones, indican que los tratados internacionales en derechos humanos pueden inspirar a decisiones de constitucionalización (Elkins, et al. 2013). En este sentido, los Estados que están más integrados internacionalmente tienen más probabilidades de adoptar declaraciones de derechos humanos en sus constituciones (Beck, et al. 2012).**

Según Law & Versteeg (en Cope et al. 2019), el 90% de la variación de las concesiones de derechos puede explicarse por dos variables: si una Constitución opta generalmente por pocos o muchos derechos y si la Constitución es de naturaleza más estatista o liberal. Pero también hay que considerar que, cuando la elaboración de una Constitución implica una participación popular más amplia, el número de derechos constitucionales aumenta, ya que la ciudadanía tiende a favorecer la inclusión de un mayor número de derechos (Ginsburg, en Cope, et al. 2019).

La instauración de derechos constitucionales basados en derechos humanos se justifican

en cuanto a que pueden impulsar mejoras en las prácticas de derechos de un Estado a largo plazo (Cope, et al. 2019). Sin embargo, los autores sostienen que, aunque muchos derechos pueden estar consagrados en la Constitución, esto no implica que cambien significativamente el comportamiento de algún gobierno, aunque algunos derechos constitucionales pueden tener un impacto mayor que otros. De los derechos constitucionales fundamentales, hay evidencia que el derecho a sindicarse, la libertad de asociación, a formar partidos políticos y la libertad de religión mejoran el respeto de dichos derechos en la práctica (Ibid.). Pero, hay poca evidencia que la libertad de movimiento, la prohibición de la tortura y el derecho a la educación o a la salud esté asociado a un cambio en el comportamiento de algún gobierno (Chilton & Vergsteeg,

en Cope, et al. 2019). Respecto a la libertad de expresión, la evidencia es contradictoria: autores como Keith (en Cope, et al. 2019) encuentran un efecto positivo del gobierno respecto a este derecho; en cambio Chilton & Vergsteeg no encuentran ninguno.

Una de las claves para garantizar un derecho constitucional es que exista una organización que pueda presionar a los gobiernos a cumplir con los derechos. Por ejemplo, para garantizar el derecho a la libertad de religión, pueden existir en un país organizaciones para presionar al gobierno a cumplir ese derecho. Cuando los derechos se ejercen de forma individual y no existe una entidad o grupo que puedan hacerlos exigibles, puede ser un obstáculo para su garantía (Cope, et al. 2019).

## CAPÍTULO 4

# LA TRANSPARENCIA Y LA PRIVACIDAD COMO DERECHOS HUMANOS

---

Si bien, la legislación internacional de derechos humanos no incluye *per se* a la transparencia, ésta es una característica esencial de un Estado de derecho democrático. Además, algunos derechos humanos, como el derecho a la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información pública, son instrumentos primordiales para promover la democracia, la rendición de cuentas y la prevención de la corrupción (Maneggia, 2019). Por otra parte, la autodeterminación informativa y el derecho a la privacidad, componentes del derecho a la vida privada, aunque parezca un derecho antagónico a la libertad de información, más bien son derechos complementarios, especialmente en el ámbito de las comunicaciones en línea, como sucede actualmente: la protección de datos personales en las comunicaciones en línea tiene por objetivo proteger la privacidad y promover la libre circulación de información (Ibid.). También cumple un rol en la admisión de la apertura a la información personal de funcionarios en contextos de corrupción, como el uso de beneficios propios en programas sociales (Sanz, 2016).

### 4.1 TRANSPARENCIA EN EL ESTADO Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

La **transparencia** en el Estado no es una idea nueva. Tiene una raigambre filosófica en la corriente liberal del siglo XVII en los tratados de John Locke en el cual explica que el poder político se debe comprender en relación a la igualdad de derechos que todo ciudadano

debe tener, implicando el derecho a “poder tener vista de cómo proceden los asuntos en el Estado” (Rodríguez, 2004).

La tradición monárquica<sup>6</sup> indicaba que los asuntos de la política debían supeditarse a un selecto grupo de personas con un ‘intelecto superior al común de la gente’. En efecto, desde la antigüedad se consideraba que existía sólo una realidad verdadera, pero que estaba enmarañada mediante un sinnúmero de apariencias. Sólo personas de intelecto superior eran capaces de observar y entender la verdadera realidad: el filósofo y el político. De esta forma, “el conocimiento de las verdades de la política quedaba reservado a quienes, partícipes de la aristocracia del intelecto, pueden trascender los prejuicios y la ignorancia popular” (Rodríguez, 2004:14). Este conocimiento privilegiado fue denominado como los *arcana imperii*, concepto que “designa verdades, conocimientos, informaciones, evaluaciones, argumentos y discursos de hombres exclusivos de poder” (Ibid.). La existencia de los *arcana imperii* reflejaba los intereses y motivaciones ocultas de los gobernantes hacia los gobernados como una forma de conservar el dominio sobre la sociedad (Óp. Cit.).

La corriente liberal, en base a los ideales de Locke, de un individuo privado, libre y propietario, no concibe que el Estado se inmiscuya en asuntos privados. Por el contrario, es el Estado el que debe ser mandatado y obligado por los ciudadanos. De esta idea se desprende el desarrollo del discurso moderno acerca de los derechos alienables de las personas. Según Rodríguez, lo privado, entendido por la corriente liberal

<sup>6</sup>En la obra de Platón “La República”, se expone que el conocimiento de la verdad es privilegio de una minoría y ese privilegio es la clave del gobierno. Por lo tanto, el ejercicio del poder solo es legítimo para quienes son intelectualmente superiores. Ver Rodríguez 2004.

como un espacio de libertad y el desarrollo de las capacidades humanas, necesita al poder político para la protección y expresión de sus derechos, pero no para la concesión o creación de estos; por lo tanto, “el liberalismo introduce la novedad de que no existen verdades de Estado ni secretos que deban ser preservados de la mirada e interés de los ciudadanos comunes, ni tampoco sujetos privilegiados en cuanto al manejo de la información pública” (Rodríguez, 2004:31).

**La transparencia, entonces, se comprende como una herramienta al servicio del ciudadano que limita el secretismo de gobierno y supone la construcción de una ciudadanía informada y crítica. La introducción de la transparencia en el Estado, como un aspecto de la modernización de éste, no depende sólo de la ciudadanía en cuanto a su deber de hacer exigible este principio, sino que también depende de la obligación estatal de garantizar el acceso a la información pública en forma veraz y oportuna.** Para que esto ocurra, el Estado debe asegurar mecanismos de participación e información a la ciudadanía para que incida en temáticas y resoluciones que le afectan y pueda observar y evaluar de qué manera las decisiones son tomadas. La nueva ciudadanía se acopla concomitantemente en el desarrollo de una nueva democracia más cooperativa, horizontal y menos jerárquica, tomando en cuenta también nuestro contexto, donde la comunicación e información se ha vuelto cada vez más compleja y diversificada.

Transparencia y Derecho de Acceso a la Información son dos conceptos distintos: transparencia significa publicidad, el volver público o de conocimiento de todas las personas información o procesos de gestión pública, como los fundamentos en la toma de decisiones de autoridades (Sanz, 2016). El Derecho de Acceso a la Información es una herramienta jurídica definida como “un conjunto de normas jurídicas que permiten analizar los registros y datos públicos en posesión de los órganos del Estado” (Aguilar, 2008:11). A pesar de estas diferencias, ambos conceptos apuntan a un mismo objetivo: ejercer el control social sobre los actos del Estado,

disminuyendo los espacios de corrupción para fortalecer la democracia.

El **derecho de acceso a la información** que obra en poder de las entidades públicas ha sido reconocido como un derecho humano vinculado al derecho a la libertad de expresión o como un componente central de éste (Maneggia, 2019). La libertad de información fue definida como un derecho humano fundamental que implica el derecho a recoger, transmitir y publicar noticias en cualquier lugar y en todas partes por la Asamblea General de la ONU en su resolución N°59 del 14 de diciembre de 1946 (Ibid.). El derecho humano a la libertad de expresión está consagrado en diversos tratados de derechos humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y, a nivel regional, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>7</sup>.

En cuanto al PIDCP, el artículo 19, que expresamente se refiere al derecho a la libertad de expresión, refuerza el concepto de derecho de acceso a la información en cuanto a la libertad de buscar, recibir y difundir información de toda índole. La libertad para buscar y recibir información se puede ejercer a información que obra en poder de las instituciones públicas, como todos los poderes del Estado y entidades que cumplen una función pública, independiente de su forma de almacenamiento, fuente o fecha de producción. La libertad de expresión es una condición necesaria para la realización de los principios de transparencia y rendición de cuentas, como también estos últimos son esenciales para la promoción y protección de los derechos humanos (OEA, 2013).

En cuanto al sistema interamericano de derechos humanos, el derecho de acceso a la información se consagra en el artículo número 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y ha sido reconocido como una herramienta fundamental para ejercer control social en los asuntos del Estado, inhibir la corrupción, garantizar la transparencia, el buen funcionamiento de las instituciones públicas y asegurar a la ciudadanía a ejercer adecuadamente sus derechos políticos.

<sup>7</sup> Los órganos de esta Convención encargados de velar por la protección y promoción de los derechos humanos, son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 'Claude Reyes y otros vs. Chile', ha reconocido en su jurisprudencia que el derecho de acceso a la información es una herramienta para el control social y, de esta forma, combatir la corrupción al interior del Estado; promocionar la participación ciudadana a través del ejercicio informado de los derechos políticos; y para el cumplimiento general de otros derechos que pueden ayudar especialmente a los estratos sociales más vulnerables (Ibid.).

De esta forma, la consagración constitucional de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, cumple -a través de múltiples funciones- un objetivo más amplio: el fortalecimiento de la democracia en un Estado de derecho, evitando el abuso de poder y contribuyendo a un mejor bienestar social. Algunas de estas funciones son las siguientes:

**a. El control social de los gobernantes:**

en una democracia representativa son las y los electores los que premian o castigan el actuar de los representantes, por lo tanto, el conocimiento sobre la gestión de las autoridades es fundamental (Aguilar, 2008). La transparencia también se ejerce en el control de las políticas públicas diseñadas por un gobierno. Cuando éste último es incapaz de cumplir un programa aprobado por la ciudadanía o se ve imposibilitado de resolver los problemas que aquejan a las personas, pierde el respaldo ciudadano y, en consecuencia, la legitimidad. En este contexto, la transparencia facilita el escrutinio ciudadano respecto al cumplimiento de una política pública, ya que cualquier ciudadano o ciudadana puede solicitar información respecto a la ejecución de una política pública, alertando a las instituciones y obligando a sus funcionarios y funcionarias a mantener los registros de sus acciones y, por ende, a actuar bajo el principio de probidad.

Considerando lo anterior, **garantizar el principio de transparencia en el Estado es un imperativo de las sociedades democráticas, dado que contribuye a que los poderes públicos puedan gestionar los recursos públicos sin discrecionalidad al estar los ciudadanos informados (Arenas, 2016).** El control ciudadano a las atribuciones de

poder que le otorga un cargo público a otro ciudadano es quizás el rol más importante de la transparencia y el acceso a la información pública, ya que la transparencia regula la concentración de poder legítimamente investido, previniendo los abusos a que los individuos, naturalmente, pudiesen verse tentados (O'Donnell, 2001).

El ejercicio de control social requiere de un supuesto primordial: la participación ciudadana, la cual opera como un indicador de la intensidad de una democracia: una alta participación generaría una democracia más fuerte (Schelder, 2008; Sanchez & Muriel, 2007; Sol, 2012). La participación en las decisiones políticas sirve como escrutinio de las políticas públicas y ayuda a que los órganos públicos cumplan de mejor forma su labor, por lo tanto, la participación ciudadana puede ayudar a que los tomadores de decisiones prevean el impacto de las decisiones que están contemplando (Coglinase, et al. 2008).

**b. Rendición de cuentas:** quizás el requisito fundamental de una democracia es que las autoridades respondan cómo administran los servicios públicos. La rendición de cuentas es un mecanismo que supervisa y restringe el poder, obligando a políticos y funcionarios públicos a informar y justificar sus decisiones en público (Schelder, 2008). La rendición de cuentas también incluye la capacidad de sancionar a funcionarios y funcionarias en caso de que incumplan con sus obligaciones. En consecuencia, la rendición de cuentas exige la responsabilidad en el ejercicio del cargo público.

El ejercicio ideal de la rendición de cuentas contempla tres grandes pilares: informar, justificar y sancionar (Ibid.). Informar implica transparentar información respecto a las acciones que realiza un servicio público. Justificar, corresponde a que las autoridades deben argumentar su elección respecto a una decisión. Por último, si se detecta que alguna autoridad ha incurrido en una falta a su responsabilidad en el cargo, debe ser sancionada. Junto con los pilares anteriores, la rendición de cuentas también implica un carácter público. Una rendición de cuentas de público conocimiento tiene mayores

posibilidades de obtener una mayor credibilidad que una a puertas cerradas.

El ejercicio de rendición de cuentas genera un cambio cultural que redefine el modo de ejercer la labor al interior de los organismos públicos, como también la relación con la ciudadanía. Opera como un canal fundamental para legitimar la gestión de los servicios públicos, mejorando la calidad de vida de la ciudadanía y la percepción que tiene esta última de las instituciones.

**c. Prevención de la corrupción:** la corrupción política o gubernamental se entiende como una práctica que supone el “uso de poderes y funciones públicas para generar indebidamente riqueza o beneficios privados” (Zalaquett, 2005:19). Generalmente, la corrupción envuelve a actores públicos y privados, a través de distintas formas, como cohecho, conflicto de intereses, tráfico de influencias o abuso de poder. A nivel gubernamental, la corrupción se ejerce cuando las élites políticas, sociales o económicas ejercen una influencia determinante de sus poderes o implementan políticas públicas a conveniencia de ellas mismas. Un factor propicio para que se genere la corrupción es la falta de transparencia o la falta de mecanismos de control de las acciones de las y los funcionarios del Estado.

Por varias décadas, la corrupción fue asociada al nivel de desarrollo de un país: los países desarrollados tenían menores grados de corrupción. Por lo tanto, si algún país quería dejar atrás sus problemas de corrupción debía encaminarse hacia el desarrollo. Fue el funcionario del Banco Mundial, Peter Eigen, quien se dio cuenta que ninguna de las políticas de su institución en favor del desarrollo servían para frenar la corrupción. Más bien, la vinculación corrupción/desarrollo tenía un enfoque errado: no es que los países que alcanzan el desarrollo bajan sus niveles de corrupción, sino al revés: la ausencia de corrupción permite un mejor desarrollo (Reyes, 2008). Con esa convicción, Eigen funda Transparencia Internacional, con la intención de concientizar cómo la corrupción es un obstáculo para el buen vivir de los países y, a través de un índice,

medir y comparar los diversos grados de corrupción entre los países para visibilizar la problemática. Los resultados del índice fueron demoledores: **no son los países más ricos o poderosos los que obtuvieron el primer lugar del ranking, sino que fueron los países que ya contaban con una ley de acceso a la información pública. Así, la transparencia y el derecho de acceso a la información pública, se transforman en una de las herramientas más eficaces para combatir la corrupción.**

**d. Confianza institucional:** cuando la gestión gubernamental se realiza en opacidad, los ciudadanos y ciudadanas no pueden saber la administración de los recursos públicos, de sus impuestos, los fundamentos en la elección de una política pública o la distribución y focalización de ellas. Es probable que lo anterior genere problemas de confianza entre la ciudadanía y los administradores del Estado. Cuando la desconfianza deviene en una falta de legitimidad, se corre el riesgo de una desestabilización democrática (Grimmelikhuijsen, 2012).

La transparencia, como un valor democrático, puede generar una mayor confianza ciudadana en las decisiones de las autoridades (Grimmelikhuijsen, 2012; Estudio Nacional de Transparencia, 2019). El garantizar el derecho de acceso a la información a una institución pública y la posibilidad de reclamar en caso de denegación de acceso a la información, aumenta la buena percepción y expectativas sobre el servicio que prestan las instituciones públicas, aumentando la confianza ciudadana en el sector público. Lo anterior se produce en cuanto un mayor conocimiento de los mecanismos de acceso a la información pública expone el ejercicio de la política a la vigilancia ciudadana.

La confianza hacia las autoridades e instituciones públicas está ligada a las expectativas sobre la posibilidad de acceso a información. Por ello la transparencia opera como un supuesto base para la confianza en el Estado (Maturana, 2015).

**e. Mejora la gestión pública y/o moderniza el Estado:** el componente que establece la obligatoriedad de la entrega de información

de manera ordenada y en un determinado plazo, estimula a los organismos a ser mucho más eficientes en el manejo de la información, en la administración de archivos y, por consiguiente, en su gestión general (Pefaur & Moreno, 2016). Asimismo, la transparencia y el acceso a la información, se erigen como una política pública que en su implementación genera impactos en el 'modo de hacer las cosas' de las instituciones públicas, pues el Estado ya no solo debe funcionar hacia 'adentro', sino que requiere 'abrirse' a la ciudadanía a través de mecanismos concretos que materialicen esos estándares más altos de participación social, comunicación y rendición de cuentas (PNUD, 2009).

**f. Derecho llave:** el derecho de acceso a la información puede entenderse como un 'derecho llave', ya que contribuye a proteger o acceder a otros derechos humanos (De la Fuente, 2014). Autores como Abramovich & Courtis (2000), hacen una distinción respecto al derecho de acceso a la información como un derecho en sí mismo, donde la información es el fin último de un solicitante de información, o una herramienta para acceder a otro tipos de derechos, ya sean civiles, políticos, sociales o culturales. Por ello, el derecho

de acceso a la información puede contrarrestar situaciones de vulneración de otros derechos. Según el XI Estudio Nacional de Transparencia (2019), los derechos que son más necesarios de transparentar en Chile son el derecho a la salud (73%), a la educación (63%), a la vivienda (50%), a la justicia (50%) y al trabajo y previsión social (41%).

#### 4.1.1 EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

El período comprendido entre 1990 y 2000 se caracteriza por una oleada de elaboración de nuevas constituciones, en gran medida, debido al colapso de la Unión Soviética y el nacimiento de nuevos Estados y a la última oleada de independencia del continente africano. Muchas de las nuevas constituciones en dichas regiones incorporan el derecho de acceso a la información, en parte, como una forma de repudio al secretismo de Estado en el manejo de información pública (Riekkinen & Suksi, 2015).

Actualmente, el derecho de acceso a la información pública está garantizado, de forma explícita, en 61 de 124 países<sup>8,9</sup>:

### ESTADOS CON RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

<b>EUROPA</b>	18. Montenegro	34. Filipinas	50. Túnez
1. Albania	19. Noruega	35. Sri Lanka	51. Uganda
2. Austria	20. Polonia	36. Tailandia	52. Zimbabue
3. Azerbaiyán	21. Portugal	37. Yemén	
4. Bélgica	22. Rumania		<b>AMÉRICA</b>
5. Bulgaria	23. Serbia		53. Bolivia
6. Croacia	24. Eslovaquia	<b>ÁFRICA</b>	54. Brasil
7. República Checa	25. Eslovenia	38. Benin	55. Colombia
8. Estonia	26. Suecia	39. Burkina Faso	56. Ecuador
9. Finlandia	27. Ucrania	40. Etiopía	57. México
10. Georgia		41. Ghana	58. Panamá
11. Grecia	<b>ASIA</b>	42. Kenia	59. Paraguay
12. Hungría	28. Afganistán	43. Liberia	60. Perú
13. Kosovo	29. Kazajistán	44. Malawi	
14. Letonia	30. Indonesia	45. Marruecos	<b>OCEANÍA</b>
15. Lituania	31. Nepal	46. Mozambique	61. Fiji
16. Macedonia	32. Pakistán	47. Seychelles	
17. Moldavia	33. Palau	48. Sudáfrica	
		49. Sudán del Sur	

<sup>8</sup>Ver: [www.constitutionproject.org](http://www.constitutionproject.org)

<sup>9</sup>Ver: <https://www.rti-rating.org>

Cada uno de estos países dispone de amplios márgenes interpretativos para garantizar constitucionalmente el derecho de acceso a la información en poder de un gobierno. Por ejemplo:

- **Afganistán** (artículo 50): *'derecho de acceso a la información de los departamentos de Estado'*.
- **Albania** (artículo 23): *'derecho a obtener información sobre las actividades de los órganos del Estado'*.
- **Brasil** (artículo 5): *'derecho a recibir información de los organismos públicos'*.
- **Bulgaria** (artículo 41): *'derecho a obtener información de las instituciones y organismos del Estado'*.
- **Costa Rica** (artículo 30): *'libre acceso a los departamentos administrativos con el fin de obtener información sobre cuestiones de interés público'*.
- **Eslovenia** (artículo 39): *'derecho a obtener información de carácter público'*.
- **Kenia** (artículo 35): *'derecho de acceso a la información en poder del Estado'*.
- **Marruecos** (artículo 27): *'derecho de acceso a la información que obre en poder de la administración pública'*.
- **Países Bajos** (artículo 110): *'derecho de acceso a la información pública'*.
- **Noruega** (artículo 100): *'derecho de acceso a los documentos de la administración estatal y municipal'*.
- **Panamá** (artículo 43): *'derecho a solicitar información accesible o información de interés general almacenada en bancos de datos o registros administrados por funcionarios públicos'*.

- **Perú** (artículo 2): *'derecho a solicitar información, sin causa, y a recibirla de cualquier entidad pública'*.

- **Sudáfrica** (artículo 32): *'derecho a acceder a cualquier información en poder del Estado'*.

Así, algunas constituciones como la de Brasil o Estonia destacan por su fundamento jurídico de garantizar el derecho de acceso a la información pública, sin embargo se diferencian en cuanto al alcance del derecho. La Constitución brasileña proclama una norma más general sobre el acceso a la información y asegura una serie de garantías en cuanto al acceso a información personal, estableciendo el derecho de *habeas data*<sup>10</sup>. También garantiza que los participantes en los planes de prestaciones de entidades privadas de seguridad social tengan pleno acceso a la información relativa a la gestión de sus respectivos planes.

*"todas las personas tienen derecho a recibir de los organismos públicos información de interés privado o de interés colectivo o general; dicha información será difundida en el plazo establecida por la ley, bajo pena de responsabilidad, excepto la información cuyo secreto sea esencial para la seguridad de la sociedad y del gobierno nacional"* (Riekkinen & Suksi, 2015).

La Constitución de Estonia, en cambio, garantiza un derecho de acceso a la información pública más limitado:

*"toda persona tiene derecho a obtener libremente la información difundida para uso público. Todos los organismos estatales, los gobiernos locales y sus funcionarios tienen el deber de proporcionar información sobre sus actividades, de conformidad con el procedimiento previsto en la ley, a un ciudadano estonio a petición de éste, salvo la información cuya divulgación esté prohibida por la ley y la información destinada exclusivamente a uso interno"*. (Riekkinen & Suksi, 2015).

<sup>10</sup> Acción constitucional que puede ejercer cualquier persona incluida en un registro de datos para acceder al mismo y recabar la información que le afecte, así como para solicitar su eliminación o corrección si tal información fuera falsa o estuviera desactualizada (<https://dpej.rae.es/lema/habeas-data>)

Las garantías de acceso a la información 'difundidas para uso público' significa que sólo se pone a disposición de la ciudadanía la información que las autoridades decidan revelar.

Otras constituciones garantizan el acceso a la información en virtud de consultar u obtener documentos concretos. Por ejemplo:

- **Bélgica** (artículo 32): *'derecho a consultar cualquier documento administrativo y tener una copia'*.

- **Filipinas** (artículo 3): *'acceso a los documentos oficiales y a los documentos y papeles relativos a actos, transacciones o decisiones oficiales, así como los datos de investigación del gobierno que se utilizan como base para el desarrollo de políticas.'*

- **Polonia** (artículo 61): *'derecho a obtener información sobre las actividades de las autoridades públicas'*.

- **Suecia** (artículo 1): *'todo ciudadano sueco tendrá derecho a tener libre acceso a los documentos oficiales.'*

Otras constituciones, como la de Bolivia, explicitan el acceso a los documentos oficiales como el derecho a controlar los actos de las autoridades públicas: 'derecho a participar en los asuntos públicos y al control de los actos de la función pública.'

#### 4.1.2 LIMITACIONES CONSTITUCIONALES

La mayoría de las constituciones que garantizan el derecho de acceso a la información, limitan el acceso de cierta información e, inclusive, algunas introducen criterios de calificación a los cuales las personas pueden estar supeditadas para solicitar información oficial (Riekkinen & Suksi, 2015):

• **Rationae personae:** significa 'competencia en razón de la persona'.

- La ciudadanía puede determinar el derecho de acceso a la información. Por ejemplo, Bielorrusia, Bolivia, Filipinas o Uzbekistán garantizan la información pública únicamente

a ciudadanos y ciudadanas. La Constitución de Zimbabue introduce los requisitos de ciudadanía o residencia permanente para que una persona tenga derecho de acceso a la información.

Otras constituciones mencionan el derecho 'indirecto' de acceso a la información donde no son las personas directamente las que ejercen el derecho, sino que se realiza través de un representante o un grupo de representantes. Por ejemplo, en Suiza, las comisiones parlamentarias tienen el derecho a inspeccionar los documentos y la facultad de realizar investigaciones, pero no los ciudadanos. En Tailandia todo miembro de la Asamblea Legislativa Nacional tiene derecho a interrogar a un ministro en relación con cualquier asunto relacionado con sus funciones. El ministro puede negarse a responder si considera que la información no debe divulgarse porque afecta la seguridad nacional o al interés público. En Suecia, el Ombudsman parlamentario tiene derecho a solicitar información a los tribunales de justicia, las autoridades administrativas y los empleados del gobierno estatal o local.

• **Rationae materiae:** significa 'competencia en razón de la materia'.

- La limitación material más común respecto al derecho de acceso a la información es sobre la información personal, ya que ésta no representa un asunto de interés público y está protegida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Algunas constituciones garantizan el acceso a la información pública siempre y cuando dicha información no afecte los derechos de terceros como, por ejemplo, las constituciones de Bielorrusia, Kenya, Rumania, Rusia y Sudáfrica.

- Otra limitante material es el 'interés legítimo' o el 'interés jurídico bien fundado', en cuanto algunas constituciones, como la de Bulgaria, explicitan que una persona puede tener acceso a la información pública sólo después que se demuestre que la información solicitada se busca con intereses legítimos.

- Algunas constituciones garantizan acceder sólo a cierto tipo de información. Por ejemplo,

la Constitución de Nigeria (artículo 213) prevé el principio de publicidad sólo del censo de la población. Las constituciones de Eslovaquia, Francia, Serbia y Ucrania garantizan a las personas el acceso a la información respecto al medio ambiente. La Constitución de Suriname (artículo 36) garantiza la publicidad de información relativa a la salud. La Constitución de Suiza (artículo 119) garantiza a cada ciudadano el acceso a los datos sobre medicina reproductiva y tecnologías genéticas. Las constituciones de Portugal, Tailandia y Ucrania garantizan el acceso a la información de los consumidores.

- Por último, varias constituciones contienen disposiciones sobre la transparencia y publicidad respecto al gasto de partidos políticos como, por ejemplo, la Constitución de Perú.

• **Limitaciones institucionales:** este tipo de limitaciones se refieren a las entidades encargadas de proporcionar información pública. Comúnmente las constituciones mencionan los tipos de entidades responsables de la divulgación de información. Entidades como el 'gobierno', 'las autoridades públicas', 'los órganos estatales', 'los órganos locales y sus funcionarios públicos'. En algunas constituciones también existe la tendencia de mencionar los 'documentos administrativos', 'documentos gubernamentales' o 'documentos de los departamentos gubernamentales' para indicar las temáticas que pueden ser divulgadas. Por ejemplo, en las constituciones de Bélgica, Costa Rica o Finlandia.

Algunas constituciones, como la de Lituania, Panamá o Serbia mencionan no sólo a las autoridades públicas como sujetos expuestos a entregar información pública, sino que también a órganos u organizaciones privadas, pero que desempeñan funciones públicas.

**4.1.3 RECONOCIMIENTO IMPLÍCITO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA**

El derecho de acceso a la información pública definido en las constituciones también puede estar reconocido en forma implícita mediante el reconocimiento del derecho a ser informado y el derecho a la participación pública (Riekkinen & Suksi, 2015). Ejemplo de ello es la Constitución de Timor Oriental, la que en su artículo 73, garantiza el derecho a ser informado regularmente sobre las principales temáticas de interés público. El artículo 15 de la Constitución de Liberia garantiza el derecho a ser informado sobre el gobierno y sus funcionarios y funcionarias. La Constitución de Macedonia, en el artículo 16, garantiza la libertad de información pública y el establecimiento de instituciones de información pública.

El derecho a la participación política también puede garantizar el derecho de acceso a la información pública. Por ejemplo, la Constitución de Bolivia, en el artículo 26, garantiza que el derecho ciudadano a participar incluye la vigilancia de los actos de la función pública. Lo anterior puede interpretarse como una referencia directa al principio de publicidad de información asociada al ejercicio del poder público (Ibid.).

**ESTADOS CON RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE FORMA IMPLÍCITA**

- |            |                   |                  |
|------------|-------------------|------------------|
| 1. Angola  | 4. Timor Oriental | 7. Japón         |
| 2. Bahamas | 5. Francia        | 8. Países Bajos  |
| 3. Canadá  | 6. India          | 9. Corea del Sur |

Como vimos, hay constituciones que garantizan el derecho al acceso a la información en forma explícita y otras de manera implícita. Al respecto, Riekkinen & Suksi (2015) sostienen que es posible garantizar derechos de manera implícita y,

por tanto, algunos se podrían interpretar como acceso a la información pública, como el caso de Bolivia, ya que la vigilancia de los actos de la función pública puede entenderse como una referencia directa al principio de publicidad.

Sin embargo, en caso de vulneración de derechos implícitos, Candia (2015) argumenta que si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido la existencia de derechos implícitos; es decir, que no son señalados expresamente, la interpretación que la Corte le ha asignado a este tipo de derechos no se condice con las exigencias de un Estado de Derecho, implicando una vulneración a la 'legalidad' que exige que la Corte deba actuar, en este caso, en base a las potestades entregadas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

De esta forma, si bien se puede interpretar que en algunas constituciones existe de forma implícita el derecho de acceso a la información, como ocurre en la Constitución chilena en su artículo 8° en cuanto "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y procedimientos que utilicen", y se puede interpretar el acceso a la información como garantía constitucional, dicha interpretación dependería de la 'legalidad' que, por ejemplo, la Convención Interamericana le asigne a la Corte en dicha interpretación. El ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Héctor Gros, sostiene que, aunque se acepte la idea de que los derechos humanos no delcarados o no enunciados expresamente en la Constitución deben considerarse igualmente existentes, existe consenso de que es útil y necesario incluir expresamente en las constituciones derechos fundamentales, a fin de aclarar y hacer indudable la correcta interpretación de una norma constitucional<sup>11</sup>.

En el campo de la filosofía política, un derecho implícito, podría emanar de otros derechos explícitos en la Constitución. Esto es lo que ocurrió con el caso 'Claude Reyes y Otros vs Chile', en el cual, según la Corte, el Estado de Chile violó el Derecho a la Libertad de Pensamiento y Expresión, no asegurando los derechos de acceso a la información pública y a la protección judicial, ni contando con mecanismos establecidos para garantizar el derecho de acceso a la información. No obstante, a juicio de Gros, es útil que la Constitución explicita derechos fundamentales, ya que la omisión de algún derecho fundamental, como se entiende en la filosofía política, podría

ser erróneamente interpretado como negación del derecho.

Como conclusión, si bien existen casos de vulneración de derechos constitucionales implícitos, en el cual alguna Corte ha fallado a favor de dicho derecho, es recomendable, a fin de evitar errores interpretativos, declarar explícitamente en la constitución, derechos fundamentales.

## 4.2 DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La protección de datos personales se ampara en el derecho a la privacidad. Desde la tradición liberal se ha sostenido que lo privado, como derecho natural, es anterior y superior a lo público (Escalante, 2008). En lo privado radica la libertad que cada persona tiene para decidir sobre su propia vida y la sociedad sólo ha cedido parte de esa libertad para constituir al Estado como una forma de organización de la convivencia humana. Sin embargo, en la Grecia antigua se concebía la libertad precisamente para participar en la vida pública: sólo los ciudadanos libres podían votar en las asambleas (Ibid.). El concepto de libertad se ha volcado desde participar de lo público hacia la privacidad, en el cual el Estado o terceros no tengan injerencia alguna en las decisiones individuales. Por lo tanto, la delimitación de lo privado se remite a disposiciones jurídicas que circunscriben lo privado a un determinado ámbito.

El derecho a la privacidad corresponde a la protección de todas las acciones fuera de la materia pública o colectiva. Se protege que el Estado, arbitrariamente, se entrometa en asuntos personales. Constituye una garantía a ciertas libertades frente a entidades o personas dotadas de poder. Por ejemplo, a la libertad de conciencia o a la vida íntima. Por ello, la intervención de la autoridad en asuntos familiares, religiosos o en todo aquello a lo que se está habituado a decidir individualmente, parece algo injusto o ilegítimo. **La privacidad, como orden jurídico, se define como "el límite normativo al poder del Estado sobre el individuo, en el cual las personas tienen derecho a hacer lo que les parezca con la única condición de no**

<sup>11</sup>Ver: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976069.pdf>

**interferir con el derecho de las demás personas” (Iosa, 2017:495). Es en esta definición de libertad, entendida comúnmente como ‘libertad negativa’, donde radica el límite de la privacidad: el derecho pertenece a las personas, pero se necesita del Estado para que fiscalice dicho límite.**

El derecho a la privacidad se configura a partir del siglo XVIII, cuando grupos de la sociedad comienzan a tomar conciencia respecto al reconocimiento de las libertades personales. Antes de haberse reconocido expresamente el derecho a la privacidad como un derecho unitario, sólo se reconocían y protegían en el ámbito constitucional manifestaciones concretas de intimidad, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones (como el secreto de la correspondencia) (Ibid.). Actualmente, el derecho a la privacidad ha sido consagrado como un derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17), en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 14) y en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 16), como también en otros ordenamientos jurídicos regionales, como el sistema europeo e interamericano, específicamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 11.2) y el Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, también denominada Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 8) (Maqueo, et al. 2017).

Si bien en este contexto se incorporó el derecho a la privacidad, el desarrollo tecnológico e informático ha redimensionado su objetivo, alcanzando nuevos matices. Con la recolección, tratamiento y almacenamiento de información, se ha convertido habitualmente en una práctica de control por parte del sector público y del privado (García, 2007). Por ello, el derecho a la privacidad, además de la facultad individual de rechazar invasiones al ámbito privado, se suma el principio de ‘autodeterminación informativa’, que supone el control de un individuo respecto a sus datos personales. Privacidad y autodeterminación informativa se conjugan en el reconocimiento de un derecho de control al acceso a la información personal: la protección

de datos personales. La información personal nunca había estado disponible para ser difundida masivamente como ocurre actualmente. Es por ello, que el derecho a la protección de datos personales adquiere una importancia fundamental, frente a los riesgos que puede conllevar el no tener una legislación adecuada:

**a. Big Data:** predecir, controlar y manipular nuestras decisiones se hace con mayor facilidad si se tiene conocimiento de lo que hacemos, cómo nos sentimos, cuáles son nuestros gustos o nuestras expectativas. La tecnología actual permite generar magnitudes increíbles de información personal. Ésta se genera navegando por sitios web, en el uso de plataformas como WhatsApp, Facebook, YouTube o Twitter. Se estima que en diez años más habrá 150 mil millones de sensores conectados a internet produciendo una infinidad de datos: desde artefactos hasta ciudades completamente inteligentes. Con la emergencia de las redes de quinta generación (5G), las comunicaciones serán más rápidas, diversificadas y entre máquinas, dando nacimiento a lo que ha sido denominado como el ‘Internet de las Cosas’ (Helbing, 2017).

El obtener y sistematizar datos que generan las personas representa para las y los asesores políticos una posibilidad sin precedentes. Es cada vez más común que en la política se utilice el análisis de datos para dirigir a las y los ciudadanos hacia un comportamiento específico, lo que se conoce como *nudging* o ‘pequeño empujón’ (Ibid.). El nudging representa una forma moderna de conductismo, pero a diferencia de un sistema de castigos y recompensas, el nudging se sostiene, a juicio de Helbing, mediante una burbuja: con información personalizada se controla nuestro pensamiento. Con precios personalizados podemos ser castigados o recompensados. Con el análisis de información que se encuentra en la red se influencia a los individuos a tomar decisiones que comúnmente no tomarían.

El Big Data es la integración y análisis, a través de algoritmos complejos, de un entramado gigantesco de datos. A través de la minería de datos, se puede alcanzar un poder

predictivo mucho mayor, más fiable y con mejor exactitud. La masificación de grandes volúmenes de información personal supone un gran reto para las legislaciones actuales, en cuanto a que sus algoritmos permiten la identificación de las personas, aun cuando esos datos son considerados anónimos o estadísticos (Gil, 2016).

**b. Microtargeting Político:** es una forma de marketing político. Consiste en recopilar información sobre posibles electores y utilizarla para mostrarles, a través de medios electrónicos (como las redes sociales) anuncios políticos específicos (Zuiderveen, 2018). También puede ser definido como una herramienta que utilizan los partidos políticos para focalizar segmentos acotados de la población e influir, a través de un mensaje adecuado, por un candidato particular. Para dicho objetivo, los partidos, asesores o colaboradores políticos basan su estrategia en el análisis de datos obtenidos de información personal de los electores, como los datos sociodemográficos (registro electoral, dirección, sexo, edad, tamaño familiar); datos comerciales (ingresos, hábitos de gasto de tarjetas de crédito, número de automóviles, tiendas visitadas, suscripciones a revistas) y datos de comportamiento *on line* (búsqueda y visitas a sitios web, compras en línea, interacciones en redes sociales), los cuales son utilizados para efectuar campañas personalizadas. De esta forma, el microtargeting político se efectúa en base a un modelo probabilístico aplicado a los electores en el cual cada uno obtiene un puntaje que refleja la probabilidad de que exhiba el comportamiento que se ajusta a una categoría de electores, permitiendo a las campañas focalizar mensajes persuasivos en los indecisos y establecer estrategias de comunicación efectivas. En países donde existen leyes débiles de protección de datos personales es más fácil adquirir bases de datos para poder extraer datos precisos respecto a la posible afiliación política.

Los riesgos del microtargeting político son, sin duda, la pérdida de privacidad, ya que las personas tienden a entregar fácilmente su información personal. Spikermann (BCN,

2015) constató la disonancia entre lo que se cree respecto a la protección de datos personales comparada con el comportamiento real de los ciudadanos: a pesar de que algunos ciudadanos consideran de suma importancia proteger sus datos personales, en la práctica, entregan constantemente su información a terceros. Otro riesgo del microtargeting político es la manipulación política que se puede producir, tal como se pudo constatar con el caso Cambridge Analytica, en el cual se evidenció cómo información personal de más de 50 millones de usuarios y usuarias de una plataforma fue utilizada, sin consentimiento de sus titulares, para manipular psicológicamente a los electores de las elecciones estadounidenses en 2016<sup>12</sup>. El microtargeting también puede ignorar a personas que 'no son necesarias para ganar una elección'. Si, por una parte, la manipulación se hace entregando mensajes políticos persuasivos, la omisión forma parte de la otra cara.

**c. Microtargeting Comercial:** apunta a los tipos de datos que se les extraen a las personas para generar categorías de clientes y así poder enviarles anuncios personalizados. Analistas de datos crean expedientes con los datos personales y los categorizan en segmentos de mercado. De esta forma, en base a los datos personales, empresas que otorgan créditos conocen el riesgo financiero que pueda tener un cliente y, según el grado de confianza, se les otorga el crédito o no. Las empresas minoristas también pueden establecer precios personalizados, dependiendo de las características de los clientes.

**d. Desinformación y Fake News:** Las noticias falsas refieren a "información inventada que imita el contenido de los medios de comunicación en forma, pero no en el proceso o la intención de los mismos. Además, carecen de las normas y procesos editoriales de los medios de comunicación para asegurar la exactitud y credibilidad de la información" (Lazer, 2018:1). Lo que caracteriza a una noticia falsa es la intencionalidad de difundir hechos verificablemente falsos que inducen a una percepción o interpretación

equivocada de los hechos por parte de un lector. Otra característica de las noticias falsas es la alusión, mediante los datos personales, a las emociones y creencias personales del lector para que la noticia sea aceptada. A pesar de que la falsedad de una noticia pueda estar en conocimiento de las personas, esto no impide que las mismas tomen decisiones basándose en ellas. Esto es conocido como la ‘posverdad’ (Fernández, 2017).

La capacidad de difusión a través de las plataformas digitales, sin la rigurosidad editorial que gozaban los medios de prensa tradicionales, ha permeado el debate público al punto de que cualquier ciudadano que tenga acceso a plataformas de información puede incidir mediante mensajes que quedan en la memoria colectiva. Las noticias falsas, por lo tanto, cristalizan mensajes deliberadamente erróneos con la finalidad de adulterar el proceso de formación de la opinión pública (Galdámez, 2019).

**e. Algoritmos y Burbujas Filtro:** Si las noticias falsas aumentan la desconfianza generalizada, el cinismo o la apatía, las burbujas filtro fomentan el extremismo. Éstas se refieren al “aislamiento informativo en que estarían atrapados los ciudadanos como consecuencia de un diseño algorítmico” (Rossi, 2018:55). Los algoritmos analizan y categorizan las búsquedas del usuario o usuaria con la finalidad de construir un perfil e intentar predecir los contenidos que se desean ver y las publicidades a las cuales pueden ser permeables (Ibid.). El problema de ello es la atomización informativa, ya que son los algoritmos y no los usuarios los que deciden qué contenido puede entregar una mejor información. Por tanto, el ciberespacio, en vez de ser compartido mediante una agenda informativa común, es soslayado y encapsulado, promoviendo posturas extremas. En este sentido, dos personas que busquen la misma información en internet pueden recibir resultados diferentes de acuerdo a su perfilamiento. Como consecuencia, las personas ya no pueden hacer el ejercicio de informarse, analizar y discriminar la información según sus creencias, sino que la información viene preconfigurada o filtrada de antemano.

**f. Economía Digital:** es un nuevo tipo de economía que basa su funcionamiento en la digitalización de la información, los avances tecnológicos y el desarrollo de Internet como principio organizador de la economía.

La economía digital ha permitido que empresas de diversos rubros, como la banca, el retail, la salud o la seguridad, recaben constantemente datos para analizar la calidad de sus productos, ofrecer mejores servicios a sus clientes, evaluar el otorgamiento de créditos o establecer nuevas tácticas de marketing. La digitalización está cambiando la forma tradicional de transacciones económicas ‘cara a cara’ hacia el consumo masivo de plataformas digitales. Los beneficios de la economía digital es que ha permitido una mayor rentabilidad de las empresas gracias a las externalidades positivas de la red y la disminución de los costes de producción, ofreciendo servicios altamente cotizados, pero a bajo costo para los usuarios finales. No obstante, para que este tipo de economía se desarrolle de manera armónica y respetuosa con los derechos de las personas, hacer un tratamiento adecuado de los datos de los consumidores, cuyo flujo constante se constituye en el pilar central de este tipo de economía, es algo primordial. Las empresas han comenzado a valorizar cada vez más los datos personales, ya que estos representan un nuevo tipo de capital. La recolección de datos personales se realiza desplegando una serie de sofisticados algoritmos y técnicas avanzadas de análisis de datos para llevar a cabo estrategias que rentabilicen los negocios. Por parte de los consumidores, la economía digital implica develar aspectos de su vida privada que antes era impensado otorgar.

**g. Flujo Transfronterizo de Datos:** refiere al libre flujo de datos personales entre los países, el cual permite a las personas acceder a toda la variedad y calidad de los servicios globales, al mismo tiempo que permite a las empresas reducir sus costos, favoreciendo la economía digital (Sauer, 2019). Muchas veces los datos recopilados por organismos gubernamentales o empresas privadas exceden la finalidad para el cual fueron recabados, obteniendo una gran cantidad de datos personales para distintos fines, como el

microtargeting político o comercial. Algunas entidades públicas o privadas no poseen la capacidad para especificar la finalidad para la que serán utilizados los datos de las personas, careciendo estas últimas del control de sus datos. Por ello, un pilar de la protección de datos personales refiere al consentimiento o permiso que un ciudadano concede para el tratamiento de sus datos. Para las personas resulta complejo informarse acerca de los múltiples consentimientos y autorizaciones que las entidades solicitan para el tratamiento de sus datos personales. Aunque se puedan discutir aspectos para optar a una mejor legislación que proteja los datos personales, aún existe un déficit cultural respecto al cuidado de los datos personales.

Debido a los riesgos expuestos que conlleva el desarrollo informático y tecnológico, cada vez más hay una mayor conciencia de la importancia de proteger la información personal abordándose en diferentes convenios y tratados como, por ejemplo, las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) sobre la Protección de la Privacidad y Flujo Transfronterizos de Datos. Su objetivo consiste en adoptar estándares mínimos para garantizar la privacidad, a pesar de carecer de un carácter vinculante (Maqueo, et al. 2017). El Convenio 108 para la protección de las personas respecto del tratamiento automatizados de datos de carácter personal establece la protección a cualquier persona, independiente de la nacionalidad o residencia, respecto a la vida privada y el tratamiento automatizado de datos personales. Este convenio fue actualizado en octubre de 2018 en el convenio 108+, recogiendo los principios de transparencia y proporcionalidad en el tratamiento de datos, clarificando las bases legales para el tratamiento de datos y ampliando la protección de datos sensibles como la información genética o datos biométricos. En 2018 también entró en rigor el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (GDPR) que se trata de una normativa en la cual el parlamento europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión europea actualizaron y unificaron los estándares para la protección de datos personales de todos los habitantes de la Unión. El GDPR protege a los ciudadanos cuyos datos personales son almacenados, procesados, transferidos, o divulgados por organizaciones o

empresas sin su consentimiento, sancionando severamente el incumplimiento de la normativa. Además, incorpora nuevas definiciones de lo que es un dato personal, agregando, por ejemplo, las direcciones IP, información económica o salud mental.

#### 4.2.1 LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Algunos países europeos y latinoamericanos reconocen constitucionalmente el derecho a la autodeterminación informativa, es decir, el control que tiene una persona de sus datos personales. **El origen de la protección de datos personales a nivel constitucional se da en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán, a propósito de dos casos relativos al censo. El tribunal estimó que la protección de la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad garantizaban un derecho individual a no ser instrumentalizado en su información personal para la elaboración de estadísticas oficiales.** Otros tribunales constitucionales, como el español, lo seguirán en esta línea jurisprudencial (STC Español Rol 292/2000 de 30 de noviembre de 2000).

En el caso de Europa, el derecho a la protección de los datos personales es un pilar de la Constitución de la Unión Europea (artículo I-51) y sirve como marco para el Convenio N° 108 y el Reglamento Europeo de Protección de Datos Personales.

Finalmente, en el ámbito latinoamericano, podemos destacar constituciones de países como Argentina (artículo 43), Bolivia (artículo 130), Colombia (artículo 15), Chile (artículo 19), México (artículo 16, inciso segundo), Brasil (artículo 71) y Paraguay (artículo 135) que reconocen el derecho y establecen su garantía constitucional.

---

**ESTADOS CON RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN  
DE DATOS PERSONALES**

---

<b>EUROPA</b>		
1. Alemania (GDPR)	22. Moldavia	40. Túnez
2. Austria (GDPR)	23. Noruega (GDPR)	41. Uganda
3. Bélgica (GDPR)	24. Países Bajos (GDPR)	42. Zimbabue (Privacidad)
4. Bulgaria (GDPR)	25. Polonia (GDPR)	
5. Croacia (GDPR)	26. Portugal (GDPR)	<b>AMÉRICA</b>
6. Chipre (privacidad)	27. Reino Unido (GDPR)	43. Argentina
7. Dinamarca (GDPR)	28. República Checa (GDPR)	44. Bolivia
8. Eslovaquia (GDPR)	29. Rumania (GDPR)	45. Brasil
9. Estonia (GDPR)	30. Rusia	46. Chile
10. España (GDPR)	31. Suecia (GDPR)	47. Colombia
11. Finlandia (GDPR)	32. Suiza (Ley federal)	48. Honduras
12. Francia (GDPR)		49. México
13. Grecia (GDPR)	<b>ASIA</b>	50. Panamá
14. Hungría (GDPR)	33. India	51. Paraguay
15. Islandia (GDPR)	34. Irán	52. Perú
16. Irlanda (GDPR)	35. Vietnam (privacidad)	53. República Dominicana
17. Italia (GDPR)		
18. Letonia (GDPR)	<b>ÁFRICA</b>	<b>OCEANÍA</b>
19. Lituania (GDPR)	36. Etiopía	54. Australia (Ley Federal)
20. Luxemburgo (GDPR)	37. Lesoto	
21. Malta (GDPR)	38. Nigeria	
	39. Sudáfrica	

Existen 54 Estados que reconocen constitucionalmente la protección de datos personales, incluyendo los países de la Unión Europea mediante el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR)<sup>13</sup>. También destacan varios países latinoamericanos que han consagrado en sus constituciones nacionales la protección de datos personales. Algunas constituciones, como la de Brasil, y otros Estados con legislaciones ordinarias, como en el caso de Montenegro, Mauricio, Macedonia del Norte, Serbia o Turkmenistán, buscan ajustarse a la normativa europea estableciendo los derechos individuales y las obligaciones de las entidades que tratan datos personales, que reconocen ocho principios o derechos fundamentales:

**1. Derecho de acceso:** permite a los interesados obtener de un responsable del tratamiento la confirmación de si los datos personales que les conciernen están siendo tratados o no, dónde y con qué finalidad. Si se solicita, los responsables del tratamiento de datos deben proporcionar una copia de los datos personales, de forma gratuita, en formato electrónico.

**2. Derecho de rectificación:** es el derecho de los interesados a que se rectifiquen sus datos personales inexactos o se completen si están incompletos.

<sup>13</sup> Ver: <https://www.dlapiperdataprotection.com/index.html?t=world-map&c=JP>

**3. Derecho de cancelación:** otorga a los interesados el derecho de obligar a un responsable del tratamiento a cancelar sus datos personales, a dejar de difundirlos y a hacer que terceros detengan el tratamiento de los mismos. Existen condiciones para el ejercicio de este derecho, entre ellas, que los datos ya no sean relevantes para su finalidad original o que se haya retirado el consentimiento del interesado o interesada.

**4. Derecho a la restricción:** es el derecho de los interesados e interesadas a solicitar la restricción o la supresión de los datos personales del tratamiento (los datos no se destruyen, pero no pueden utilizarse).

**5. Derecho de notificación:** los interesados tienen derecho a que se les notifique una violación de datos que pueda “suponer un riesgo para los derechos y libertades de las personas”. El responsable del tratamiento de datos debe hacerlo dentro de las 72 horas siguientes a la primera constatación de la infracción. Los procesadores de datos deben notificar a su vez a los controladores de datos.

**6. Derecho de portabilidad:** es el derecho de los interesados a recibir los datos personales que les conciernen de los responsables del tratamiento en un “formato de uso común y legible por máquina” y a que se transmitan a otro responsable del tratamiento.

**7. Derecho de oposición:** es el derecho de los interesados a oponerse al tratamiento de sus datos personales en determinadas circunstancias, incluida la comercialización directa.

**8. Derecho contra la elaboración de perfiles automatizados:** el GDPR tiene reglas para los aspectos automatizados del tratamiento de datos y para la elaboración de perfiles (evaluación automatizada de datos para clasificar a las personas) para el proceso automatizado de toma de decisiones. Este derecho permite a los interesados solicitar que se les excluya de dichos procesos.

## CAPÍTULO 5

# ÓRGANO GARANTE CONSTITUCIONAL EN DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

---

Es fundamental que los Estados cuenten con organismos garantes de acceso a la información pública y la protección de datos personales, dotados de independencia y recursos, que sean promotores de estos derechos y que faciliten la apertura de la función pública a fin de reforzar la confianza ciudadana en las instituciones. Los órganos garantes son instituciones especializadas e imparciales que garantizan el ejercicio de un derecho o la protección de éstos. Uno de los aspectos críticos de este tipo de órganos es que gocen de la suficiente autonomía para que cuenten con los instrumentos necesarios para vencer los obstáculos y resistencias que puedan tener ambos derechos. En ellos, los órganos garantes constitucionales autónomos son los creados en la Constitución y que no se adscriben a los poderes tradicionales del Estado (Ugalde, 2010). La creación de los órganos garantes constitucionales se encuentra justificada por la necesidad de establecer órganos encaminados en la defensa de los derechos fundamentales, para controlar la constitucionalidad y los actos depositarios del poder público (Ibid.).

Las características de los órganos garantes constitucionales son las siguientes:

- a. Son establecidos y configurados directamente en la Constitución, con lo cual obtienen la independencia jurídica de los poderes clásicos del Estado, lo que se traduce en autonomía orgánica y funcional.
- b. Atribución de una o varias funciones primordiales del Estado, implicando la autonomía técnica.

- c. Facultad para expedir las normas que los rigen (autonomía normativa).

- d. Capacidad para definir sus necesidades presupuestales y administrar los recursos económicos que les sean asignados (autonomía presupuestaria).

- e. Coordinación con otros órganos del Estado.

La necesidad de contar con un órgano garante constitucional en Derecho de Acceso a la Información y la Protección de Datos Personales es garantizar y fiscalizar autónomamente a otros poderes del Estado para el cumplimiento de estos derechos y la necesidad de contar con un ente especializado, sin guiarse por intereses partidistas o situaciones coyunturales (Ibid.).

De acuerdo a los estándares internacionales, tanto el acceso a la información como la protección de datos personales exige una institucionalidad independiente y autónoma del Poder Ejecutivo para poder resolver y sancionar los incumplimientos a la ley, tanto respecto de privados como de organismos públicos. Existen países que concentran en un mismo órgano garante el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales y otros que cuentan con órganos separados. Algunos países que han optado por la creación de autoridades con competencia común en ambos derechos, son:

- **Australia:** Office of the Australian Information Commissioner.

- **Albania:** Information and Data Protection Commissioner (Komisioner per te drejtat e inform mit dhe brojtjen e te dhenave persona).

## EXPERIENCIA COMPARADA CONSAGRACIÓN DAI-PDP

- **Alemania:** Federal Commissioner for Data Protection and Freedom of Information.
  - **Argentina:** Agencia de Acceso a la Información Pública. Se trata de una agencia que forma parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la cual está organizada internamente a través de dos direcciones, la Dirección Nacional de Acceso a la Información Pública (DNAIP), y la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP). Este es un ejemplo reciente que entró a funcionar el año pasado y confirma la tendencia.
  - **Eslovenia:** Information Commissioner of Slovenia.
  - **Hungría:** Hungarian National Authority for Data Protection and Freedom of Information.
  - **Inglaterra:** Information Commissioner's Office (ICO).
  - **Malta:** Office of the Information and Data Protection Commissioner.
  - **México:** Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.
  - **Serbia:** The Commissioner for Information of Public Importance and Personal Data Protection.
  - **Suiza:** Federal Data Protection and Information Commissioner.
  - **Perú:** Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales.
  - **Uruguay:** Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales.
- A nivel provincial o estadual, también se replica esta evolución. En diversos Estados de Canadá existen autoridades con competencia estadual que poseen ambas competencias (por ejemplo, Information and Privacy Commissioner of Ontario, Commission Information Quebec, entre otras), lo que también sucede en los Alemania y España (Andalucía).

## CAPÍTULO 6 CONCLUSIÓN

---

El hecho que el país tenga la oportunidad de promulgar una nueva constitución, es una oportunidad inigualable para consagrar derechos constitucionales basados en los derechos humanos que fortalezcan y profundicen la democracia. Entre ellos, el derecho de acceso a la información pública adquiere una importancia fundamental para fomentar el control ciudadano respecto a las decisiones de las autoridades, exigir la rendición de cuentas de la gestión gubernamental, prevenir la corrupción, aumentar la confianza institucional, mejorar la calidad de las instituciones públicas y acceder a garantizar otros tipo de derechos. Por otra parte, el derecho a la protección de datos personales ayuda a inhibir las amenazas de la 'era de la digitalización', como lo es la pérdida de privacidad producto del explosivo aumento de artefactos tecnológicos que recaban información personal de los ciudadanos y, sobre todo, ayuda a controlar la finalidad de uso de dichos datos, fortaleciendo así el derecho a la autodeterminación que cada ciudadano y ciudadana debe tener.

Además, en un escenario de demandas ciudadanas por un mayor bienestar, ambos derechos son herramientas dispuestas para ayudar a cumplir a los habitantes de nuestro país con sus respectivos objetivos biográficos. Por este motivo, una gran cantidad de países del mundo están consagrando constitucionalmente estos derechos y, en algunos casos, estableciendo organismos con autonomía constitucional, objeto de limitar los posibles abusos que, tanto desde el mundo público como del privado, se puedan cometer. En este sentido, ambos derechos, promueven una mayor justicia social, profundizando -a su vez- la calidad de la democracia.

La posibilidad de generar una nueva constitución es el resultado de fuerzas sociales que luchan por una mayor igualdad de oportunidades. El proceso constituyente y la consagración de derechos fundamentales como el acceso a la información pública y la protección de datos personales es comparable al proceso que vivió Sudáfrica en 1996. En la búsqueda de dejar atrás décadas de abusos, desigualdades y especialmente la vulneración de derechos fundamentales, como la discriminación y racismo, los habitantes de Sudáfrica decidieron sanar las divisiones pasadas estableciendo una constitución moderna basada en el fortalecimiento de la democracia, la justicia social y los derechos humanos fundamentales. Por ello, no es extraño que dicha constitución ya consagre tanto el derecho de acceso a la información pública como la protección de datos personales, en defensa de sus ciudadanas y ciudadanos.

## CAPÍTULO 7 BIBLIOGRAFÍA

---

### REVISTAS Y LIBROS:

- Abramovich, V. & Curtis, C. (2000) El acceso a la información como derecho, en: Anuario de Derecho a la Comunicación. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Aguilar, J. (2008). Transparencia y democracia: claves para un concierto. Cuadernos de Transparencia. IFAI. México.
- Arenas, A. (2016). Sostenibilidad fiscal y reformas tributarias en América Latina. CEPAL-BID. Recuperado en: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/40624>
- Beck, C. et al. (2012) World influences on human rights language in constitutions: a cross-national study. *International Sociology* n° 27.
- Biblioteca del Congreso Nacional (2015), Protección de Datos Personales y Derecho a la Privacidad. Observatorio de Programa Europa de la Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/observatorio/europa/noticias/proteccion-de-los-datos-personales-y-derecho-a-la-privacidad-parte-2>
- Cantamutto, F. et al. (2017) Imaginar un País. América Latina, procesos constituyentes y proyectos de nación en México. Fundación para la Democracia, Alternativa y Debate A.C.
- Cope, K. et al. (2019) Empirical studies of human rights law. *Annual review of law and social science*, pp. 82-155.
- Cope, K. & Creamer C. (2016) Disaggregating the human rights treaty regime. *Virginia Journal of International Law*, vol 56, n°2.
- Coglinese, C. et al. (2008). Transparency and public participation in the rulemaking process, University of Pennsylvania Law School.
- De la Fuente, G. (2014). El derecho de acceso a la información pública en América Latina y los países de la RTA: Avances y desafíos de la política. *Revista Transparencia y Sociedad*, 2.
- Elkins, Z. (2013) Getting to rights: treaty ratification, constitutional convergence, and human rights practice. *Harvard International Law*, pp.61-96.
- Escalante, F. (2008) El Derecho a la Privacidad. Serie Cuadernos de Transparencia, IFAI, México.
- Fernandez, N. (2017) Fake News: una oportunidad para la alfabetización mediática. *Revista Nueva Sociedad*, N°269, Buenos Aires, Argentina.
- French-Davis, R. (2007) Entre el consenso de Washington y el crecimiento con equidad. *Rev. Nueva Sociedad*, N° 207.
- Galdámez, A. (2019) Posverdad y crisis de legitimidad: el creciente impacto de las fake news, *Revista Española de Transparencia*, número 8.
- García, A. (2007) La Protección de Datos Personales: derecho fundamental del siglo XXI. Un estudio comparado. *Boletín mexicano de derecho comparado*, año XL, n° 120, pp. 743-778.

- Gil, E. (2016) Big Data, Privacidad y Protección de Datos. Agencia Española de Protección de Datos, Madrid, España.
- Gorton, W. (2016) Manipulating citizens: how political campaigns' use of behavioral social science harms democracy, *New Political Science*, 38:1, 61-80.
- Grimmelikhuijsen, S. (2012). Transparency and trust. An experimental study of online disclosure and trust in government. Utrecht University Repository. Recuperado en: <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/218113>
- Helbing, D., et al. (2017) Will democracy survive Big Data, *Scientific American*, Zurich, Suiza.
- Iosa, J. (2017). Libertad negativa, autonomía personal y constitución. *Rev. chilena de derecho* [online]. 2017, vol.44, n.2, pp.495-518. ISSN 0718-3437. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000200495>.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018). IV Encuesta Nacional de Derechos Humanos, en: <https://www.indh.cl/destacados-2/encuesta-ddhh/>
- Luhmann, N. (2007) *La Sociedad de la Sociedad*. Herder.
- Maqueo, M. et al. (2017). Protección de Datos Personales, privacidad y vida privada: la inquietante búsqueda de un equilibrio global necesario. *Revista de Derecho*, Vol. XXX N°1, pp. 77-96.
- Mannegia, A. (2019) Transparency and Privacy as human rights, en: *Preventing corruption through administrative measures*. Morlacchi Editore.
- Maturana, C. (2015). Conocimiento y expectativas ciudadanas en torno al Acceso a la Información Pública: su rol en la confianza en el sector público. *Revista Búsquedas Políticas*, Vol. 4(2), 93-113.
- Organización de Estados Americanos OEA (2013). El acceso a la información pública, un derecho para ejercer otros derechos. Departamento para la Gestión Pública Efectiva. En: <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concursoinformate/docs/cortosp8.pdf>
- O'Donnell, G. (2001). Accountability horizontal. La institucionalización legal de la desconfianza política. *Rev. Isonomía* N°14, pp.7-31.
- O'Donnell, G. (2004) *Acerca del Estado en América Latina contemporánea: diez tesis para discusión*, en *La democracia en América Latina* (PNUD).
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) (2018) *Derechos Humanos y Procesos Constituyentes*.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) (2012). *El sistema de tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Folleto informativo n°30/rev.1.
- Pefaur, D. & Moreno, M. (2016) *Transparencia y modernización del Estado en Chile: brechas entre la teoría y la práctica*. *Revista Enfoques*, Vol. 14, N°24
- PNUD (2009) *Superando barreras: movilidad y desarrollo humano*. Informe sobre desarrollo humano.
- PNUD (2019) *Diez años de auditoría a la democracia: antes del estallido*.
- Reyes, F. (2008) *Corrupción: de los ángeles a los índices*. Cuadernos de Transparencia. IFAI. México.
- Riekkinen, M. & Suksi, M. (2015) *Access to information and documents as a human right*. Institute for Human Rights. Abo Akademi University.
- Rodríguez, J. (2008). *Estado y transparencia: un paseo por la filosofía política*. Cuadernos de Transparencia. IFAI. México.

- Rossi, A. (2018) ¿Burbujas Filtro? Hacia una fenomenología algorítmica. Revista Inmediaciones, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
- Saldaña V. & Pineda, M. (2019) Confianza en instituciones políticas: factores que explican la percepción de confianza en Chile. Revista Temas Sociológicos, N°25, pp. 231-258.
- Sanchez, C. & Muriel, J. (2007) ¿Participación ciudadana en democracia? Revista Civilizar, Vol.7, N°12, pp. 11-29.
- Sanz, F. (2016). Relación entre la protección de datos personales y el derecho de acceso a la información pública dentro del marco del derecho comparado. Revista Ius et Praxis, vol.22, n°1.
- Sol, R. (2012) El desafío de la participación ciudadana en el estado democrático de derecho y retos de la participación ciudadana en la gestión de políticas públicas, en espacios institucionales de los Estados centroamericanos, 1ª. Ed. FLACSO.
- Schelder, A. (2008). ¿Qué es la rendición de cuentas? Cuadernos de Transparencia. IFAI. México.
- Ugalde, F. (2010) Órganos constitucionales autónomos. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, n° 29. México.
- Zalaquett, J. (2005). Transparencia, rendición de cuentas y lucha contra la corrupción en América. LOM. Santiago de Chile.
- Zuiderveen, F. et al. (2018) Online political microtargeting: promises and threats of democracy.

**NOTAS DE PRENSA:**

- <https://www.ciperchile.cl/2020/10/31/el-modelo-con-el-que-la-elite-controlaba-la-sociedad-ha-dejado-de-funcionar/>
- <https://www.ciperchile.cl/2018/07/17/como-la-elite-nos-hace-creer-que-triunfa-porque-es-inteligente-y-trabajadora/>
- [https://www.ciperchile.cl/2020/10/14/de-la-desafeccion-al-estallido-social/#\\_ednref6](https://www.ciperchile.cl/2020/10/14/de-la-desafeccion-al-estallido-social/#_ednref6)
- <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43472797>

**ESTUDIOS:**

- CPLT (2019) Estudio Nacional de Transparencia en: <https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/estudios/2020/02/Informe-final-ENT-2019.pdf>

**SITIOS WEB:**

- [www.constitutionproject.org](http://www.constitutionproject.org)
- <https://www.rti-rating.org>
- <https://www.dlapiperdataprotection.com/index.html?t=world-map&c=JP>

**ENTREVISTA SEMINARIO 'SIGUE LA HUELLA DE TUS DATOS':**

- Ralf Sauer, Jefe de la Unidad Internacional de Flujo de Datos y Protección, de la Comisión Europea. Entrevista realizada en el Seminario "Sigue la Huella de Tus Datos", CPLT, 2019.



consejo para la  
**Transparencia**