

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2237-1036

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

La "Living Constitution" en el siglo XXI: una Constitución para el mundo digital

The 'Living Constitution' in the 21st century: a Constitution for the digital world

Pamela Nosedá Gutiérrez

VOLUME 21 • N. 3 • 2024
INTERNATIONAL FOOD LAW

Sumário

CRÔNICAS.....	11
THE EU CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE DIRECTIVE AS AN ALTERNATIVE LEGAL FRAMEWORK TO BRIDGE THE IDENTIFIED GAPS AT THE REGIONAL LEVEL IN THE GULF OF GUINEA? THE CASE OF MARINE RESOURCE EXPLOITATION BY EUROPEAN MULTINATIONALS AND THEIR SUBCONTRACTORS	13
Harvey Mpoto Bombaka	
COLTAN TRACEABILITY IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO: BETWEEN GOVERNANCE IMPERATIVES, TECHNOLOGICAL CHALLENGES, AND GEOPOLITICAL TENSIONS : WHAT SOLUTIONS FOR ETHICAL AND SUSTAINABLE MINING?	18
Harvey Mpoto Bombaka	
INTERNATIONAL FOOD LAW	20
AS DIMENSÕES CULTURAIS DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO: UMA PERSPECTIVA DE DIREITO INTERNACIONAL.....	22
João Relvão Caetano	
REFRAMING FOOD SYSTEMS RESILIENCE: TOWARDS A GLOBAL SUSTAINABLE DEVELOPMENT AGENDA SDG 2 (ZERO HUNGER).....	45
Bhupinder Singh, Saurabh Chandra e Christian Kaunert	
A AGROECOLOGIA NO MARCO DA GOVERNANÇA GLOBAL: AGENDAS E NORMAS NA INTERSEÇÃO ENTRE O LOCAL E O INTERNACIONAL PARA A GARANTIA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA	63
Ely Caetano Xavier Junior, Tatiana Cotta Gonçalves Pereira e Igor Simoni Homem de Carvalho	
OS DESAFIOS DA REGULAÇÃO DE ULTRAPROCESSADOS DIANTE DO DEVER DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL.....	86
Maria Vitoria Fontolan e Katya Regina Isaguirre-Torres	
INTERNATIONAL APPROACHES TO THE INTERSECTIONS BETWEEN THE HUMAN RIGHTS TO FOOD AND CULTURE: A CASE STUDY BASED ON THE AGROCHEMICAL THREAT TO HONEY AVAILABILITY	109
Pedro Odebrecht Khauaja e Maria Goretti Dal Bosco	

LEGAL CHALLENGES IN INTERNATIONAL TRADE OF GENETICALLY MODIFIED FOOD FOR DEVELOPING COUNTRIES: NAVIGATING A FRAGMENTED LANDSCAPE 124

Thao Thi Thu Nguyen e Duong Thi Thuy Tran

PEASANT AND INDIGENOUS COMMUNITIES RIGHT TO FOOD SOVEREIGNTY UNDER INTERNATIONAL ECONOMIC LAW: REFLECTIONS ON THE US- MEXICO GENETICALLY MODIFIED CORN DISPUTE. 140

Virginia Petrova Georgieva

THE RELEVANCE OF TRANSNATIONAL STANDARDS TO CLIMATE-SMART AGRICULTURE AND FOOD SECURITY: INSIGHTS FROM KENYA AND NIGERIA 161

Habib Sani Usman

AS INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS E O DESENVOLVIMENTO TERRITORIAL NO MERCOSUL: OS CASOS DA CARNE CAPRINA PROCEDENTE DA REGIÃO PATAGÔNICA E A BOVINA DO PAMPA GAÚCHO DA CAMPANHA MERIDIONAL DO RIO GRANDE DO SUL 181

Paulo Brasil Dill Soares e Andreza Aparecida Franco Câmara

ON THE USE OF GAFTA, FOSFA, COFFEE AND COCOA ARBITRATION AND OTHER ADR MECHANISMS FOR LAND FREIGHT TRANSPORT DISPUTES204

Alejandro García Jiménez

‘FOOD’ THROUGH THE LENS OF MISLEADING ADVERTISEMENTS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF UNITED STATES OF AMERICA AND INDIA223

Sangeeta Taak e Tanya

CLIMATE CHANGE AND FOOD SECURITY: SITUATION, CHALLENGES AND RESPONSE POLICY FROM NEPAL, INDIA AND VIETNAM: A COMPARATIVE STUDY.....235

Thang Toan Nguyen, Yen Thi Hong Nguyen, Amritha Shenoy, Thuong Thi Hoai Mac, Anandha Krishna Ra e Anbarasi G

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS 261

BALANCING ENVIRONMENTAL PRESERVATION AND ECONOMIC INTERESTS: BUILDING CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY IN THE ERA OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT263

Monica Puspa Dewi Suganda Putri, Yuris Tri Naili e Aga Natalis

PRESIDENTIAL CONSTRUCTIVE AND DECONSTRUCTIVE POWERS IN FOREIGN AFFAIRS: A STUDY ON UNILATERAL WITHDRAWAL FROM INTERNATIONAL AGREEMENTS IN THE AMERICAS282

Joao Victor Morales Sallani

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE FACE OF THE NORMATIVE SILENCE OF INTERNATIONAL LAW: A LOOK AT THE EUROPEAN UNION AND MERCOSUR305

José Noronha Rodrigues, Janny Carrasco Medina e Dora Cristina Ribeiro Cabete

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND INTERNATIONAL LAW: FROM RECOMMENDATIONS TO CONVENTIONAL REGULATION320

Serhii Perepolkin, Andrii Kuchuk, Oksana Lehka, Liliia Labenska e Iya Stryzhak

LA “LIVING CONSTITUTION” EN EL SIGLO XXI: UNA CONSTITUCIÓN PARA EL MUNDO DIGITAL 339

Pamela Nosedá Gutiérrez

A POLITIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DO RECONHECIMENTO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS354

Ademar Pozzatti e Daniela Roveda

PRINCÍPIO DO GRADUALISMO E SUSTENTABILIDADE DAS AUTARQUIAS LOCAIS EM ANGOLA.....379

Janaína Rigo Santin, Francisco Alberto Mafuani, Kilanda João Ndombele Sungu e César Catengue Chilala Cavalo

COSMOVISÃO INDÍGENA E A RELAÇÃO ÉTICA COM O AMBIENTE: PACHA MAMA, BEM VIVER E O ECOCENTRISMO393

Thiago dos Santos da Silva

La “Living Constitution” en el siglo XXI: una Constitución para el mundo digital*

The ‘Living Constitution’ in the 21st century: a Constitution for the digital world

Pamela Nosedá Gutiérrez**

Resumen

El presente artículo analiza el concepto de “*Living Constitution*”, utilizado por primera vez por el juez Oliver Wender Holmes en 1899 a la luz del concepto de “*Cuestión constitucional*” y la necesidad de contar con una regulación de los derechos digitales que debería incluir un nuevo texto constitucional. El objetivo del artículo es evaluar el contenido mínimo de una Constitución que sea aplicable a los retos de un mundo altamente digitalizado, a la luz de la tesis de la “*Constitución viviente*”. La metodología utilizada será el método dogmático, ya que se trabajará desde las construcciones normativas y propuestas en la materia para realizar una formulación de carácter integral en la materia. Para estos efectos se analizará la teoría de la cuestión constitucional, la “*living constitution*” y conceptos afines, como también los aspectos digitales que abordaron los proyectos de nueva Constitución (2022 y 2023), como también otras iniciativas a nivel legislativo relacionados, con el fin de plantear que un texto que se adecúe a las demandas actuales debe responder a los desafíos de vivir en el mundo digital, existiendo instrumentos suficientes para elaborar un catálogo de derechos de esta naturaleza.

Palabras claves: Living Constitution; derechos digitales; cuestión constitucional; procesos constituyentes.

Abstract

This article analyzes the concept of the “Living Constitution”, first used by Justice Oliver Wender Holmes in 1899 in light of the concept of the “Constitutional Question” and the need for a regulation of digital rights that should be included in a new constitutional text. The aim of the article is to evaluate the minimum content of a Constitution that is applicable to the challenges of a highly digitalized world, in the light of the thesis of the “Living Constitution”. The methodology used will be the dogmatic method, since it will work from the normative constructions and proposals in the matter to make a formulation of integral character in the matter. For this purpose, the theory of the constitutional question, the “living constitution” and related concepts will be analyzed, as well as the digital aspects addressed by the projects of the new Constitution (2022 and 2023), as well as other related legislative initiatives, in order to argue that a text that meets the current demands must respond to the challenges of living in the digital world,

* Recibido em: 15/11/2024
Aprovado em: 01/02/2025

** Abogada (Universidad Central de Chile), Magister LLM en Derecho con mención en Derecho Constitucional (Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctora (C) en Derecho (Universidad Autónoma de Chile). Línea de investigación Derecho Constitucional, Inteligencia Artificial, Derechos Digitales y Nuevas Tecnología. Miembro del grupo de Inteligencia Artificial y Derecho del Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Autónoma de Chile y de la Red Internacional para la evaluación de proyectos ambientales y desarrollo de métodos de evaluación bajo enfoque socioecológico y culturalmente inclusivo.
E-mail: pamelanosedag@gmail.com

there being sufficient instruments to develop a catalog of rights of this nature.

Keywords: Living Constitution; digital rights; constitutional issue; constitutional process.

1 Introducción

Cuando un estudiante de derecho aprende lo que es la Constitución, se le suele señalar que es la norma fundamental de la sociedad al que quedan sometidas todas las instituciones y el proceso político en general. De esta forma, este texto ha de ser estable en el tiempo y debe también tener el poder suficiente para regular la vida en sociedad y, sobre todo, limitar al poder. Al menos, esta es la definición que veremos en aquellos sistemas que nacen luego de las revoluciones del siglo XVIII, y que volvería a ser revisado después de la segunda guerra mundial.

Sin embargo, pocas veces se aborda un concepto que nos ilustra sobre la adaptabilidad que debe tener todo texto constitucional; nos referimos a la “*Constitución viva*”, la que es definida en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, que parte desde la expresión utilizada por el juez norteamericano Oliver Wender Holmes “*Living Constitution*”¹ e implica un concepto dinámico de Constitución que evoluciona y se adapta a las nuevas circunstancias, incluso si el texto no es formalmente reformado. Entonces, hablamos de una norma fundamental que responde y se adapta a los desafíos que enfrenta una sociedad.

Durante los últimos años hemos sido testigos de la forma en que internet ha impactado en el goce y forma en que interpretamos los derechos fundamentales; han nacido nuevas formas de colisión de derechos y también nuevos derechos respecto a los que aún no tenemos claridad si se trata realmente de una novedad o una reinterpretación, en este caso nos encontramos frente al derecho al olvido.

En esta fecha aún no sabemos si se trata de un derecho dual que se aplica en el contexto de protección de datos, como ha sido la tónica en Europa, o si se trata de

una colisión de derechos que demanda una interpretación judicial.

La Constitución Chilena no se pronuncia sobre los derechos digitales, a pesar de que nuestra conectividad crece día a día y que se establecen metas relacionadas a reducir la brecha digital año a año, pero ¿realmente estamos en condiciones de hiper conectar a las personas sin tener un catálogo de derechos en la materia?

El impacto que tuvo la pandemia por COVID-19 generó que las personas transitaran hacia una vida en lo digital mucho más rápido de lo que hubiésemos pensado, ya que de un momento a otro pasamos de relacionarnos con lo digital y/o informático para utilizar office nivel usuario², revisar el correo y redes sociales, a realizar toda nuestra vida desde el internet. Comenzamos a trabajar, estudiar, tener reuniones, incluso celebraciones gracias al internet.

En 2019 las conexiones al hogar con internet fijo alcanzaban el 53,67% de los habitantes³. Para 2020 había aumentado a un 61,70%⁴ y al 2021 aumentó en un 12,70%⁵, es decir, un 67% de los hogares del país cuenta con una conexión a internet fijo, lo que se contrastaba con un 48% en 2017.

De hecho, el mismo informe de conectividad de 2021 destaca que solo entre 2017 y 2021 el sector de internet fija creció un 39,6%, identificando el periodo de mayor aumento durante la pandemia, en particular, en agosto de 2021, momento en el que se llega al máximo de tráfico total.

Estas cifras no consideran el uso de internet móvil ni mucho menos las noticias que se propagaron durante el 2019, en la que la misma Subsecretaría de Comunicaciones (Subtel) comenzaba indicando “en una sociedad cada vez más digitalizada [...]”⁶ y daba cuenta de un cre-

¹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario Panhispánico de Español jurídico*. 2022. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/constituci%C3%B3n-viva>. Acceso en: 28 dic. 2022.

² En su mayoría nos referimos a Word, Excel y Power Point.

³ CHILE. Subsecretaría de Telecomunicaciones. *Informe anual del sector Telecomunicaciones 2021*. [2022?]. Disponible en: https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2021/01/PPT_Series_DIC-IEMBRE_2019_VF2.pdf. Acceso en: 28 dic. 2022.

⁴ CHILE. Subsecretaría de Telecomunicaciones. *Informe anual del sector Telecomunicaciones 2021*. [2022?]. Disponible en: https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2021/01/PPT_Series_DIC-IEMBRE_2019_VF2.pdf. Acceso en: 28 dic. 2022.

⁵ CHILE. Subsecretaría de Telecomunicaciones. *Informe anual del sector Telecomunicaciones 2021*. [2022?]. Disponible en: https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2021/01/PPT_Series_DIC-IEMBRE_2019_VF2.pdf. Acceso en: 28 dic. 2022.

⁶ USUARIOS de internet móvil consumen 10 GB en promedio al mes y el número de teléfonos móviles sube a 26 millones. SUBTEL,

cimiento generalizado del uso de internet, alcanzando un promedio de 10 Gigabytes (GB) por persona, lo que revelaba un crecimiento total de un 77,1% al año, pero ¿en qué condiciones accedíamos a internet?

Una cosa es conectarnos para revisar el correo electrónico y/o revisar una red social, pero otra cosa es que con ello pretendamos que no existe brecha digital en Chile.

El barómetro de conectividad de 2021 publicado por la misma SUBTEL indica que son 3 los grupos más vulnerables a la hora de acceder a los servicios digitales, las personas con menos ingresos, mujeres y aquellas con menores niveles educativos⁷, es decir, encontramos un grupo especialmente vulnerable: mujeres, de bajos ingresos y nivel educativo.

Por ejemplo, aquellas personas que tienen un ingreso inferior a \$611.728, tienen una conectividad para teletrabajo que llega al 68% (versus el 86% de quienes tienen ingresos superiores), educación en línea alcanza un 64% (versus el 87%), trámites virtuales del Estado un 55% (versus 80%), trámites virtuales de salud un 57% (versus el 83%) y comercio electrónico un 50% (versus 85%).

El 77% de las mujeres presentan mayores dificultades para acceder a los servicios en comparación con los hombres (61%) y también lo observamos en relación con los niveles de formación en la que, por ejemplo, el acceso a trámites del Estado alcanzaba solo un 55,4%. El resultado es un retroceso en el mercado laboral para las mujeres y una gran afectación para la salud mental de todos.

A ello debemos sumar ausentismo y baja en la presencia en el sector escolar durante la pandemia porque, si contamos con una brecha digital alta, una mala calidad del acceso, familias que comparten un solo computador, resulta difícil postergar las obligaciones laborales versus las educativas, sobre todo en educación superior.

Entonces, hablamos de una problemática que ha de llamarnos la atención, porque si la Constitución comienza en el artículo 1 señalando que “*todos nacemos igua-*

les en dignidad y derechos”⁸ pareciera ser que, en el mundo digital, esa máxima no se aplica.

En este sentido, la pregunta de investigación que intentaremos responder a lo largo del presente artículo es: ¿Debe incorporarse un catálogo de derechos digitales en una nueva constitución o mediante una reforma constitucional y cuál sería el contenido mínimo de los mismos?

Atendido a la extensión de este trabajo, nos centraremos en el derecho a la verdad, algunos aspectos de ciberseguridad, como la protección de datos y derecho a no ser perfilado, derecho al olvido, derecho a la desconexión digital y derecho de acceso a internet, todo ello, a la luz del derecho a la igualdad ante la ley, libertad de expresión y de información, honra y buen nombre, como derechos clásicos de mayor incidencia en la jurisprudencia nacional e internacional, ya que entendemos que un análisis pormenorizado de todos los derechos que se han formulado por la doctrina excede los fines de este artículo que pretende otorgar una visión generalizada sobre la materia.

Por ello, este trabajo pretende evaluar el contenido mínimo de una Constitución que sea aplicable a los retos de un mundo altamente digitalizado, a la luz de la tesis de la “*Constitución viviente*”.

Para estos efectos, los objetivos específicos de este trabajo serán:

1. Analizar los fundamentos teóricos de la doctrina de la “*Living Constitution*” y figuras afines en la doctrina anglosajona.
2. Examinar el proyecto de nueva constitución a luz de la doctrina de la cuestión constitucional, incorporando el catálogo de derechos que se consagraron, como también los retos que presenta vivir en un mundo digital.
3. Examinar las iniciativas comparadas en materia de derechos digitales con el objeto de formular una propuesta para el caso chileno.
4. Formular una propuesta sobre los denominados “Derechos digitales”,

oct. 2019. Disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/usuarios-de-internet-movil-consumen-10-gb-en-promedio-al-mes-y-numero-de-telefonos-moviles-sube-a-26-millones/>. Acceso en: 28 dic. 2022.

⁷ CHILE. Subsecretaría de Telecomunicaciones. *Resultado del Barómetro de la brecha digital social*. 2021. Disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2021/06/ppt-barometro-brecha-jun2021.pdf>. Acceso en: 28 dic. 2022.

⁸ CHILE. [Constitución política de la República de Chile (1980)]. *Decreto Supremo n° 1.150, de 1980*. Santiago: Ministerio del Interior, 1980. Disponible en: https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion_politica.pdf. Acceso en: 6 feb. 2025.

analizando iniciativas sectoriales relacionadas, con el objeto de determinar si ésta debe ser resuelta desde el texto constitucional o si existen otros mecanismos para adaptarla a las demandas urgentes sobre la materia, en especial, relativas al derecho al olvido, protección de datos, derecho a la verdad, derecho a vivir en un medioambiente libre de violencia y derecho al acceso a internet.

Se intentará demostrar que una aplicación del concepto de “*living constitution*”, desde la jurisprudencia, tal como hemos observado con el derecho al olvido en Chile, conjuntamente con políticas públicas robustas sobre la materia, pueden responder con éxito a estas demandas, no siendo aconsejable incluir un catálogo completo en un texto constitucional, habida consideración del dinamismo propio de internet y la forma en que éste cambia, corriendo, entonces, el riesgo de caer rápidamente en normas obsoletas por el solo avance de la tecnología.

1.1 La doctrina de la “Living Constitution” o “Constitución viva”

Se le denomina “*The Living Constitution*” o “*Judicial pragmatism*”, surge como una forma de interpretar la Constitución de los Estados Unidos e implica que ésta evoluciona y se adapta a nuevas circunstancias, incluso si el documento no está formalmente enmendado.

Desde esta teoría se dice que la Constitución se desarrolla junto con la sociedad y sus necesidades y por lo tanto proporciona una herramienta más dúctil para los gobiernos y que, por ello, debe ser utilizada en la interpretación constitucional. En general, será defendida por determinado sector de la doctrina denominados “organicistas”, entre los que se encuentran Bruce Ackerman⁹ y Michael Krammer¹⁰.

La tesis deriva de un libro de 1927 del profesor Howard Lee McBain y los primeros esfuerzos por desarrollar esta teoría se atribuyen a Oliver Wender Holmes Jr., Louis D. Brandeis y Woodrow Wilson.

Sin embargo, no existe una visión única sobre lo que implica esta teoría, pero desde un punto de vista pragmático se sostiene que interpretar la norma fundamental de acuerdo a su significado o intención original es inaceptable, pues es imposible que sea capaz de colocarse en todas las demandas futuras de la sociedad que siempre tiende a complejizar sus requerimientos. Pensemos, si la Constitución de los Estados Unidos se ciñera solo a quienes consideró dentro del “*We the people*”, hoy se avalaría un atentado gravísimo contra la igualdad ante la ley, además, debemos tener presente que fue firmada por manifiestos adhirientes a la ideología esclavista por lo que, si la interpretamos desde su pensamiento originario, nos encontraremos con un texto fácilmente desechable -sino detestable- acorde a los principios constitucionales actuales y los compromisos internacionales que precisamente van en contra a dichas ideas.

La segunda tesis se refiere a la intención, los redactores escribieron la Constitución en términos amplios y flexibles precisamente para crear un documento dinámico y vivo.

Sin embargo, los detractores, entre los que encontramos también a organicistas como el juez Anthony Scalia, sostienen que las modificaciones deben realizarse mediante enmiendas por estimar que entregar ese poder a los jueces socava la democracia, agregando que la acción legislativa representa la voluntad del pueblo, que elige periódicamente a quienes los representen precisamente para estos menesteres, debiendo los miembros del Congreso, al menos, ser sensibles a las nuevas demandas sociales. Para estos autores, esta tesis sería sinónimo de activismo judicial.

Ahora bien, la “*Constitución viva*” es una caracterización más que un método de interpretación no originalista asociada al pragmatismo judicial, es más, durante el curso del juicio *Missouri v. Holland* (1920) el juez Holmes comentó sobre la naturaleza de la Constitución, señalando que las palabras son un acto constitutivo que ha llamado a la vida a un ser cuyo desarrollo no podría haberse previsto completamente por el más dotado de sus engendrados¹¹.

Esta teoría señala que la Constitución debería ser vista como algo que va evolucionando con el tiempo

⁹ ACKERMAN, B. Oliver Wender Holmes lectures: the living constitution. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 120, n. 7, p. 1737-1812, mayo 2007.

¹⁰ KRAMMEN, M. *Sovereignty and liberty: constitutional discourse in american culture*. Madison: University of Wisconsin Press, 1988.

¹¹ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de los Estados Unidos. *Missouri vs. Holland*. 252 U.S. 19 de abril de 1920. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep252/usrep252416/usrep252416.pdf>. Acceso en: 30 dic. 2022.

como una necesidad social, pues mirar únicamente su significado original permitiría prácticas que ahora están universalmente condenada, provocando así que el rechazo del originalísimo puro se salga de control. Así lo expresó el Juez Richard Posner al señalar que un texto que no invalidara una ley tan ofensiva, opresiva, antidemocrática y sectaria como la ley de Connecticut que prohibía los anticonceptivos revelaría lagunas importantes, estimando que los jueces están autorizados para "tapar", al menos las lagunas más evidentes, pues de otra forma, el Estado podría exigir que todos se casen y tengan relaciones sexuales una vez al mes, o quitar el segundo hijo a cada pareja y colocarlo en un hogar de acogida¹².

En contra de esta idea, se manifestaron varios autores, sin embargo, analizaremos la opinión del juez Anthony Scalia, quien seguía la idea sobre la "*Written Constitution*", y que propugnaba un gobierno de la ley y no de las personas. Para él, el texto de la constitución era ley y el deber de la Corte era interpretar el texto basado en su significado, pues la llamada Constitución viva no era ley sino que barro en manos de los jueces que la moldean para que signifique lo que creen debería significar¹³.

Este debate tomó fuerza en el caso *Obergefell V. Hodges*¹⁴, en que dicho tribunal se pronunció sobre el derecho fundamental de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, declarando que se encontraba en la decimocuarta enmienda de la Constitución y, por tanto, no podía ser prohibido por la legislación estatal, por lo que los matrimonios entre personas del mismo sexo son válidos en todos los Estados y debían celebrarse en todo el país.

En dicha sentencia, la interrogante en torno a la interpretación constitucional se volvió más ardua, al preguntarse si el texto debía entenderse con el mismo pensamiento de quienes la habían redactado hace más de 200 años o bien interpretarla como un órgano viviente, creado para evolucionar y ajustarse a las cambiantes necesidades y valores de la sociedad americana contemporánea. Los originalistas creían que debe evolucionar para mantener la paz con nuestro cambio constante del

mundo, pero que éstas debían regirse por el procedimiento legítimo y venir del pueblo y no de los jueces.

Los jueces que seguían la tesis de la Constitución viviente manifestaban que un proceso formal de enmienda es demasiado difícil para mantenerla vigente porque es muy complicado bajo los parámetros que establece el artículo V, requiriendo necesariamente que la Corte Suprema la modifique desde el estrado, debiendo reconocer que el texto evolucionó para alcanzar las nuevas necesidades políticas, pues de otra forma nos encontraríamos con una norma con valores que llevan muertos mucho tiempo y, por tanto, que no entendía la América de 2016, por lo que, tal como dijo el juez Brennan, a través del debido proceso, igualdad ante la ley, privilegios e inmunidades, los términos que resultan oscuros resultan fáciles de interpretar, aún más allá del texto expreso¹⁵.

Por otra parte, encontramos conceptos similares como el "*Living Tree Doctrine*", de Canadá, en la que el hecho de que la Constitución sea una convención no escrita es incuestionable, por ejemplo, el texto no menciona al Primer Ministro o tampoco establece que el Gobernador General siempre otorga el asentimiento real a los proyectos de ley; de esta forma, se sostiene en principios como la democracia, la declaración de derechos implícita, el Estado de Derecho y la independencia judicial que se señalan en el preámbulo del texto, que la asimila en principio a la Constitución británica.

En Canadá se aplicó para interpretar y determinar conceptos claves como la división de poderes entre las provincias y el gobierno federal en áreas que no estaban contempladas al momento de su promulgación, algo similar ocurrió respecto del matrimonio igualitario en 2004, sosteniendo que el Parlamento Canadiense, a diferencia de los provinciales, podía definir si el matrimonio incluía el matrimonio entre persona del mismo sexo, porque eso no había sido planteado en 1867, por ello, no resulta tolerable para este país aceptar la existencia de textos congelados, porque atenta su visión de árbol vivo¹⁶.

¹² POSNER, R. *Sexo y razón*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

¹³ SCALIA, A. *A matter of interpretation: federal courts and the law*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

¹⁴ ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de los Estados Unidos. *Obergefell vs. Hodges*. 26 de junio de 2015.

¹⁵ DUNCAN, R. Justice Scalia and the rule of law: originalism vs. the living constitution. *Regent University Law Review*, Lincoln, v. 29, n. 1, p. 13- 15, 2016.

¹⁶ CANADÁ. Corte Suprema de Canadá. *Caso 29866*. Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2004. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2196/index.do>. Acceso en: 30 dic. 2022.

En Reino Unido también encontramos el concepto "Changing Constitution", sin embargo, se considera viva si cuenta con la mayoría simple de votos para modificarla; además, en este caso no consta en un solo documento y por lo tanto la influencia de la Corte Suprema ha contribuido a entenderla como un texto vivo, por ejemplo, luego de la II Guerra mundial, basado en la filosofía de los Derechos Humanos, se influenció la creación de una legislación ad hoc a la internacional para éstos, por ello, considerándolo como un texto vivo, se entiende que difiere de su formulación original¹⁷. Por su parte, India, que considera la Constitución como un texto que viven y respira.

Con todo, como podemos observar, en aquellos países en los que la interpretación constitucional proveniente de sistemas en la que los textos constitucionales son producto del consenso y la evolución política-constitucional, no pareciera ser una sorpresa una doctrina como esta, encontrando la duda respecto de sistemas como el de Estados Unidos que se rige por un texto escrito. Sin embargo, nos parece que una interpretación acorde a la tesis de una Constitución viva ha permitido resolver situaciones que, de otra forma, y teniendo presente las características que hoy presentan las fuerzas políticas, aún se debatirían, como, por ejemplo, el matrimonio igualitario.

El activismo judicial, como fenómeno que no abordaremos en este artículo por exceder de los fines de esta investigación, existe y la observamos en sistemas como el nuestro, por lo que, al menos una interpretación basada en principios como la democracia, la igualdad ante la ley, debido proceso, como también en un entendimiento evolutivo del lenguaje y no en su forma originaria, para asegurar una estabilidad al texto y, por qué no decirlo, asegurar que éste se adapte a demandas que no eran tema de discusión en la época de redacción, permite una permeabilidad de la Constitución y una supervivencia de la misma más allá de lo que sus redactores previeron.

Hemos sido testigos del proceso constituyente en Chile. El debate sobre el cambio del texto que ha tenido hitos importantes, como la reforma de 2005, de la convención constitucional que funcionó entre 2021 y 2022, con una propuesta que fue rechazada por la ciudadanía para luego pasar a un debate político que duró más de tres meses, en circunstancias, que, para el tema que nos

ocupa, ni la Comisión Ortuzar, ni las comisiones revisoras, ni si quiera el propio pueblo votante o incluso quienes debatieron la reforma introducida por la Ley Nro. 20.050, pudieron prever el impacto que tendría el internet en nuestras vidas, por lo que adoptar una doctrina como la que se analiza, bajo criterios certeros, permite la supervivencia del texto y también, dar una adecuada protección a las personas ¿o es que acaso esperamos a una nueva Constitución o una reforma para reducir las brechas de acceso o responder a las vulneraciones de derecho que ocurren en las redes sociales?

1.2 La Cuestión constitucional y las fallidas propuestas de nueva Constitución (2022 y 2023)

Tal como señala Jon Elster¹⁸, la invitación para discutir una nueva Constitución generalmente surge en circunstancias turbulentas, que tienden a fomentar la pasión en lugar de la razón, sin embargo, cuando se trata de redacción de Constituciones, la tarea solo se establece bajo condiciones que conspiran bajo una buena solución, ¿nos suena conocido?

Este concepto pone de manifiesto la necesidad de pensar en los nuevos requerimientos o desafíos que la sociedad y los tiempos que vivimos exigen para una Constitución que realmente se adapte a los desafíos del siglo XXI, como también es un problema de elección, cuya racionalidad no está asegurada pero siempre implica la sumisión a la decisión de la mayoría¹⁹. Tal como cita Carlos Peña (2020) Bruce Ackerman reconoce dos momentos, uno meramente político, cuando impera la regla de la mayoría dentro de un marco preestablecido, y los momentos constitucionales cuando la sociedad decide, dadas unas particulares condiciones de movilización y debate público, cambiar las reglas básicas.

De esta forma, teniendo presente la dificultad del debate constitucional, adicionado a la tensión que ha marcado el proceso desde los grupos de presión y de las fuerzas políticas, es donde nos permitimos volver a la tesis desarrollada en el punto anterior, porque mientras se discuten los términos, la forma, la composición del órgano que deliberará finalmente un nuevo proyecto,

¹⁸ ELSTER, J. Alexis de Tocqueville. *The first social scientist*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

¹⁹ PEÑA, C. *Pensar el malestar: la crisis de octubre y la cuestión constitucional*. Santiago: Penguin Random House Grupo Editorial, 2020.

¹⁷ STUTZER, A. *Direct democracy: designing a living Constitution*. Zürich: CREMA working paper, 2003.

incluso, cuál será el concepto de “*experto*”, existen nuevas demandas que pueden y deben ser resueltas desde la judicatura y permite una adaptabilidad del texto a las mismas.

Debido al estado del debate constitucional, nos centraremos en el análisis del proyecto²⁰ que fue sometido a plebiscito el día 4 de octubre de 2022, el que por primera vez en la historia de constitucional chilena nos proponía un catálogo diseminado entre varias normas, que consagraban derechos y también algunos principios del derecho digital.

Sin embargo, hemos de reconocer que éstos no se llegaron a desarrollar en profundidad o, incluso, formular un catálogo de derechos fundamentales en materia digital, lo que estimamos era una de las demandas de las personas, sobre todo, luego de lo vivido durante la pandemia en la que, incluso, vimos nacer nuevas manifestaciones del estrés, denominado “estrés digital”.

Los datos sobre brecha digital, la proliferación de acciones de protección relativas a las *funas* como forma masificada para realizar justicia sin tomar en cuenta que se trata de una forma de autotutela, el uso que se da en redes sociales para develar información personal sin pensar en los efectos que ésta tiene para tratamiento de datos, la apertura de datos personales como nuevo petróleo sin control, las políticas de protección de datos y deber de información que no toman en cuenta que previamente se requiere de una educación sobre un uso razonable de las redes sociales, la introducción de los algoritmos en la vida diaria, los ataques informáticos que ha enfrentado el Estado en los últimos años, entre otros, nos alerta sobre la necesidad de regular, al menos en forma general, el derecho a internet.

De esta forma, la propuesta de 2022 contenía derechos e incluía principios, pero los confundía o los establecía como derechos, empero, el avance era importante, según pasamos a revisar:

- Artículo 33.2 consagraba en el derecho a envejecer con dignidad, el derecho a obtener prestaciones suficientes para una vida digna, incluyendo el aspecto digital. Esto es particularmente relevante si se tiene presente

que este grupo aparece en forma recurrente como uno de los más vulnerables en materia de conectividad digital.

- Artículo 46.1 contemplaba como derecho fundamental asociado al trabajo digno la desconexión digital, algo sumamente relevante pues hoy este importante derecho se encuentra regulado bajo el título “*teletrabajo o trabajo a distancia*”, privando al trabajador presencial del beneficio que representa y la necesidad de sentirse amparado para no permitir interferencias fuera de su jornada laboral, sobre todo si se tiene presente que vivimos en un mundo hiperconectado en el que nuestras jefaturas no solo nos pueden enviar correos que llegan directo a nuestros teléfonos en cualquier momento, sino que también hablar a través de mensajería instantánea y, automáticamente, se genera la necesidad de responder. El fenómeno de los dos tickets azules o del *visto*, como podrían decir algunos.
- Artículo 86, especialmente relevante, ya que consagraba el derecho al acceso universal a la conectividad digital y a las tecnologías de la información y comunicación, el deber del Estado de garantizar un acceso libre, equitativo y descentralizado, con condiciones de calidad y velocidad adecuadas a servicios básicos de comunicación, promover el desarrollo de las comunicaciones, servicios de conectividad y TIC, obligación del Estado de promover la reducción las brechas de acceso, uso y participación en el Espacio digital y sus dispositivos e infraestructuras, declarando las infraestructuras de telecomunicaciones como de interés público.
- Artículo 87.1 consagraba el derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales, lo que parece especialmente relevante en una era en la que ya comenzamos a hablar del derecho a la verdad como sinónimo de reparación asociada al fenómeno del negacionismo, de un nuevo límite de la libertad de información como es la falta de amparo al derecho a la desinfor-

²⁰ CHILE. *Propuesta de Constitución política de la República de Chile*. 2022. Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>. Acceso en: 30 dic. 2022.

mación²¹ y cuando el proyecto de nueva ley de datos personales lleva un largo debate en el Congreso, pues no podemos olvidar que comenzó en 2017²².

- Artículo 88 que consagra el derecho a la seguridad informática, íntimamente ligado con el proyecto al que nos referimos en el acápite digital.
- Artículo 89.1 el derecho a participar de un espacio digital libre de violencia, algo muy necesario, pues a la luz del anonimato y de la generalización de las *funas*, el internet se ha transformado en lugares propicios para el ciberbullying, contando con casos connotados en los que llegamos, incluso, al suicidio de adolescente, por ejemplo, de Katherine Winter.
- Artículo 90 derecho a la educación digital, al desarrollo del conocimiento, pensamiento y lenguaje tecnológico, así como a gozar de sus beneficios.
- Artículo 152. 1 derecho de la ciudadanía a participar en asuntos de interés públicos, incluyendo el deber del Estado de Fomentar la participación por medios digitales.
- Artículo 175, no lo señalaba expresamente, pero consagraba un deber de modernización del Estado que ya se está avanzando a través de la ley Nro. 21.180.
- Artículo 216.2 deber de las comunidades autónomas regionales de proveer los mecanismos, espacios, recursos para propender a la alfabetización digital, la formación y la educación cívica.
- Artículo 220, letra O) el deber de las regiones autónomas de planificar e implementar la conectividad física y digital.

En resumen, se contemplaban 9 derechos – algunos, en realidad principios- y más de 15 obligaciones para el Estado, ninguna se incluyó en los artículos transitorios, lo que nos daba cuenta de la urgencia que la Comisión veía a estos temas, a pesar de lo vivido en 2020 a raíz de la pandemia mundial por COVID-19, pero que nos podrían servir como punto de partida.

Sin embargo, no se incluyeron derechos digitales propiamente tales, algunos incluso profusamente desarrollados por nuestra jurisprudencia, con ribetes especiales, distinto a otras jurisprudencias, como el derecho al olvido, el que ha sido concebido como una instancia de ponderación de derechos más que uno que se enmarque en la protección de datos²³.

Entonces, a modo de resumen, las temáticas que sí encontrábamos en la propuesta son:

- Neutralidad de la red (Principio);
- Educación digital (Derecho asociado al Derecho a la Educación);
- Acceso universal e igualitario (Principio pero también puede ser reconocido como una manifestación de la igualdad ante la ley);
- Espacio libre de violencia con enfoque en categorías especialmente vulnerables como mujeres, niñas, niños y adolescentes, entre otros (Principio que también puede ser considerado derecho como manifestación de la integridad psíquica)
- Protección de datos personales (principio y un nuevo derecho en materia digital);
- Seguridad informática (nuevo derecho en materia digital);
- Modernización del Estado (principio y deber del estado);
- Libertad de expresión, información y comunicación en ambientes digitales (derecho);
- Reducción de brechas digitales (obligación del Estado);

²¹ CHILE. Tribunal Constitucional de Chile. *Sentencia recaída en rol 9529-2020*. Sobre el proyecto que tipificaba el negacionismo y el denominado delito de odio. Voto de minoría, considerando 11. 19 de noviembre de 2020.

²² Ver CHILE. *Boletín Nro. 11144-07*. Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. 2017. Disponible en: https://tramitacion.senado.cl/apps Senado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11144-07. Acceso en: 30 dic. 2022.

²³ En ese sentido, ORTÍZ, L.; VILLIOLER, P. Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile. *Revista chilena de Derecho y tecnología*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 77-109, 2021. DOI: <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.56482>. Disponible en: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/56482>. Acceso en: 30 dic. 2022.

- Participación digital (derecho asociado a la participación ciudadana);
- Derecho a la desconexión digital (nuevo derecho digital);
- Acceso digital para adultos mayores, los que, empero, no fueron incorporados como grupos vulnerables como foco de espacio libre de violencia (principio);
- Fortalecimiento de la conectividad digital (deber del Estado, pero no es principio ni derecho).

El listado suena bien, pero no era acorde a las demandas sociales actuales ni mucho menos al desarrollo del derecho informático, pudiendo citar a algunos ausentes en la propuesta, sin que exista en las actas un motivo por el que no fueron incluidos, como:

- Derecho al olvido, ya desarrollado por nuestra jurisprudencia con criterios más o menos unánimes desde 2016, pero que estimamos pudiera ser un acierto pues, al tratarse de una ponderación de derechos que depende de un estudio de caso a caso y no de un simple ejercicio de protección de datos, pareciera ser la vía correcta entregar su desarrollo a la judicatura, pudiendo, incluso, ser un caso de constitución viva, pues amplía, desarrolla y adecúa derechos como la libertad de expresión, libertad informativa, honra y buen nombre.
- Es más, en 2023 se publicaron normas como la Ley N° 21.656, que consagra el derecho al olvido oncológico y además se encuentra bastante avanzado en su tramitación el Boletín N° 15407-03 que consagra el derecho al olvido en materia financiera, sin que exista un marco general.
- Si podemos señalar que la modificación a la ley de protección de datos consagra los denominados derechos ARCO desde donde se comenzó a construir en Europa.
- Preservación del patrimonio y memoria digital, un derecho poco desarrollado en la doctrina chilena pero que es una contrapartida del derecho al olvido, es decir, preguntarnos ¿Qué debe mantenerse en internet a pesar de las demandas de las personas?
- Además, surge la problemática de la memoria de quienes han fallecido y el uso de su imagen en ambientes digitales, lo que ya es una realidad, pues, por ejemplo, en diciembre de este año los usuarios del metaverso pudieron asistir a un concierto en el que participó el rapero *Biggie*, fallecido en la década de los 90.
- Uso de inteligencia Artificial y la tecnología del Deepfake, que han sido utilizadas con el consentimiento de los dueños de la imagen pero en otros casos no, por ejemplo el caso de la imagen del Papa Francisco vistiendo ropa deportiva, la última colaboración de The Beatles, en los que fue posible que los dos integrantes que quedan vivos puedan cantar con Lenon y Harrison, el caso del chileno que creó una canción con la voz de Bud Bunny, el falso video de Justin Bieber a raíz del escándalo de Diddy, entre tantos casos.
- Esto ha llevado incluso a que algunos artistas comiencen a dejar establecidos en sus testamentos la prohibición absoluta del uso de su imagen luego de fallecer utilizando inteligencia artificial.
- Testamento digital, un aspecto que ya comienza a tomar fuerza en el derecho civil y que actualmente está entregado a las empresas dueñas de determinadas redes sociales, por ejemplo, Facebook permite que en vida designemos a la persona que administrará nuestra página que se transforma en un “In memoriam”, pero hay aspectos que no se han abordado como la propiedad de cosas intangibles, como mi lista de música comprada en itunes, mi imagen y la posibilidad de disponer más allá de mis días de lo que se podrá hacer con ella.
- Derecho de propiedad en materia digital, pues hoy somos testigos del impacto del metaverso en las vidas, como ya se están construyendo inmuebles en él, se realizan programas de postgrado de diseño de inmuebles en este mundo, pero ¿Quién regula el ejercicio de esta manifestación del derecho de propiedad?

- Derecho al pseudoanonimato e identidad digital.
- Derecho a no ser localizado ni perfilado en internet, que no es una situación hipotética, pues ya ocurrió para las elecciones en las que resultó electo presidente Donald Trump, en la que se cedieron ciertos datos de usuarios de Facebook para efectos de campaña política.
- Derecho a la verdad, como sinónimo de reparación y de eliminación del negacionismo y derecho a información veraz.
- Regulación del discurso de odio o de incitación al odio.
- Los denominados neuroderechos.
- Derechos ante la inteligencia artificial o derecho de los robots.
- Derecho a cambiar de opinión o que también podemos llamar derecho a ser olvidado, y no podemos evitar pensar en las constantes ocasiones en que vemos como aparecen opiniones del Presidente de la República, que muchas veces ya no representa su pensar pero, debido a la vocación de permanencia del internet, queda ahí. También vimos cómo se utilizaban tweets de un político para que no llegase a ser Subsecretario de Interior o cómo se cuestionaba al actual director de metro por sus dichos en octubre de 2019.
- Protección de la intimidad de los trabajadores (en todas sus vertientes).
- Libertad de empresa en entornos digitales.
- Derecho a investigar en entornos digitales y su necesaria regulación sobre el uso de bibliotecas y bases de datos, hecho que se puso de relevancia por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, a raíz de la pandemia, cuando los investigadores vieron seriamente afectado su acceso a recursos para continuar con sus trabajos, debido al cierre de las bibliotecas y el costo de las licencias para obtener acceso a las bibliotecas digitales. Además, el problema no es menor, pues hoy existe un monopolio sobre el uso de este tipo de licencia desde los países con mayor

desarrollo del conocimiento – y por tanto, exportadores del mismo- versus quienes lo importan, afectando la productividad científica.

- Derecho a un desarrollo tecnológico y un entorno digital sostenible.
- Protección de la salud en el entorno digital.
- Derecho de acceso a la cultura en el entorno digital.

El caso del proyecto de 2023 es aún más desolador, pues los intentos por consagrar derechos en materia digital son escasos. Ello no ha de sorprendernos, pues se trata de una iniciativa que siempre se ofreció como minimalista; todo ello para diferenciarse de la primera propuesta.

Sin embargo, encontramos que se consagraba el derecho al respeto y protección de datos personales, seguridad informática y digital, el derecho de petición pero con indicación expresa de que ellas pudieran ser por medios digitales – que guarda consonancia con la ley de modernización del Estado- y el derecho a la desconexión en materia laboral.

Ahora bien, ¿son todos derechos que deben estar presentes en una carta fundamental? A nuestro juicio no, pues la fórmula del peso o de balance que se ha aplicado en muchos casos, permite soluciones que no impliquen el sacrificio de un derecho en favor de otro, sino que la solución acorde al caso en particular y con la posibilidad de que éstas no tengan un resultado dicotómico.

Sin embargo, al menos sí debiesen sentarse las bases en materia de obligaciones del Estado para dar paso a los mismos, fortalecer, por ejemplo, el derecho a la propiedad intelectual, repensar el derecho a la libertad de expresión, la identidad y cómo esta varía en internet, la que no necesariamente dice relación con identidad de género, sino que la forma en que nos percibimos y nos hacemos ver en redes sociales y videojuegos, los derechos de niños, niñas y adolescentes relativos al uso de internet, la ciudadanía y sus formas de ejercicio, la educación en materia digital, la dignidad asociada al acceso al internet y a la protección de nuestra vida, el ejercicio del derecho a la salud como parte de la regulación de la telemedicina, que sí podrían ser aspectos que se incluyan en una carta.

Por ello, volvemos al concepto de constitución viva, pues a través del desarrollo jurisprudencial, podemos alcanzar una protección adecuada de nuestros derechos en materia digital. Pero no todo puede ser resuelto por esa vía, sino que debemos recurrir a las políticas públicas y, en esa materia, podemos citar el gran esfuerzo que ha realizado la Subsecretaría de Comunicaciones con su política brecha digital cero, en la que pasamos de un simple mapa que nos mostraba cómo nos encontrábamos y el estado de la conectividad, a implementar políticas públicas para reducirla.

Sin perjuicio de ello, se ha avanzado en materia digital, desde el momento en que se fortalece el sistema de protección de datos, creando distintas iniciativas de sistemas de prevención para su fortalecimiento, como también se han regulado derechos que son eminentemente digitales como el olvido y el derecho a internet (Ley N° 21.678).

Además, se debe tener presente que ciertas regulaciones también tienen componentes digitales, como es la ley proconsumidor (Ley N° 21.398), que se enfoca y regula las compras en línea, la Ley N° 21.430, que establece un sistema integral de protección de la niñez, con claras regulaciones en materia de infancia, las reformas laborales, pronunciamientos de Contraloría General de la República en torno a la interpretación del derecho a la desconexión, pero aún así nos encontramos con un país que avanza en implementación de planes, políticas y normativas pero sin un abordaje integral.

1.3 Carta de derechos digitales: Análisis de algunas iniciativas comparadas.

Sobre esta materia, no se trata de innovar demasiado, ya que existen ejemplos comparados que se encontraban disponibles para consulta de los constituyentes y que, aun así, no se avanzó hacia ella, por ejemplo, la Carta Española de Derechos digitales de 2021²⁴, que regula:

- La libertad en los entornos digitales.
- Identidad.
- Protección de datos.
- Pseudoanonimato.

- Derecho a no ser localizado y perfilado.
- Ciberseguridad.
- Herencia digital.
- Igualdad y no discriminación.
- Acceso a internet.
- Protección de Niños, niñas y adolescentes.
- Accesibilidad universal a los entornos digitales.
- Brechas de acceso.
- Derecho a la neutralidad de internet,
- Libertad de expresión e información.
- Recibir información veraz.
- Participación ciudadana.
- Educación digital.
- Derechos de la ciudadanía en relación con la administración.
- Derechos laborales en el ámbito digital.
- Derechos de la empresa en el ámbito digital.
- Acceso a datos con fines específicos en interés público, investigación científica o histórica, estadísticos, innovación y desarrollo.
- Derecho a un desarrollo tecnológico y digital sostenible.
- Protección de la salud.
- Libertad de creación y derecho de acceso a la cultura.
- Derechos ante la IA.
- Derechos en el empleo de las neuro tecnología.
- Garantías de los derechos en entornos digitales y eficacia.

Y si, efectivamente no es un elemento vinculante para las comunidades autónomas, pero sí nos sirve como hoja de ruta para fijar políticas públicas, volviendo un poco más viva nuestra Constitución y también la forma en que nos conducimos en estos ambientes.

²⁴ ESPAÑA. *Carta de derechos digitales*. 2021. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf. Acceso en: 30 dic. 2022.

En enero de 2022 también la FLACSO²⁵ emitió su carta magna sobre derechos digitales para Chile, haciendo determinadas recomendaciones sobre el acceso y las libertades en el entorno digital.

Pero también se han alertados sobre nuevos desafíos en esta materia, por ejemplo, las nuevas desigualdades asociadas a brechas de acceso, proliferación de movimientos anti-derechos o promoción de discursos de odio desde el anonimato.

Finalmente, en noviembre de 2022, la Comisión Europea aprobó la Declaración Europea sobre los derechos y principios digitales, reconociendo que con ella se pretende promover los valores europeos en el marco de la transformación digital, dando preeminencia a las personas, de manera que les beneficie a todas ellas, a las empresas y a la sociedad en su conjunto. Debemos reconocer que este texto fue presentado en enero de este año, por eso lo traemos a colación porque, al menos, la génesis de este proyecto se encontraba ya en noticia de todos y pudo consultarse dicha propuesta para ver de qué forma se adaptaba a las demandas sociales chilenas.

2 Conclusión

A la luz de lo anterior, podemos concluir que una cuestión constitucional que se adapte a todos los desafíos de nuestra sociedad nos llama a un derecho digital incorporado en nuestras cartas, al menos en sus principios, ya sea desde una reforma o nueva constitución o bien desde una interpretación jurisprudencial, pero urgen políticas que adapten nuestro texto como un cuerpo viviente que también sepa resguardarnos y hacer funcionar al Estado en los ambientes digitales a la altura de los retos que representa el siglo XXI en esta materia.

Por ello, la tesis de la constitución viviente no parece tan alocada, en la medida que se aplique con criterios claros y bien fundamentada, pues no compartimos que ello pueda significar una vía para el activismo judicial, si esta es entendida adecuadamente, pero ciertamente, no podemos dejarlo entregado a una interpretación originalista del texto, pues simplemente lo digital y sobre todo su impacto, no era una preocupación, ni si quiera

internet había penetrado en todas las instituciones públicas, por lo que malamente podríamos entender cómo la Comisión Ortuzar podría dar luces sobre cómo resolver problemas que se dan en redes sociales o cómo nos afecta una información contenida en un motor de búsqueda.

No podía entenderse entonces el derecho al olvido, tampoco el derecho a la verdad o el fenómeno de las *fake news*, el derecho a cambiar de opinión, nuevas formas de identidad, distintas al género – que, por lo demás, tampoco era un debate intenso en esa época-, la memoria digital, las manifestaciones o afectación a la propiedad privada, tan protegida en nuestra Constitución, el uso de la imagen más allá de mis días y que se podía ceder a través de un simple contrato que se firmaba con poner un ticket en una casilla.

En cuanto a otros desafíos que, a nuestro juicio, debemos atender con urgencia, y que se pueden resolver con un uso apropiado de políticas públicas y aplicación de la tesis de interpretación desde la Constitución viva:

- El acceso a internet y servicios tecnológicos.
 - La ciberseguridad y protección de datos. Urge en un Estado que avanza rápidamente hacia lo digital. Afortunadamente ya tenemos aprobada una modificación profunda a la ley Nro. 19.628, que crea un sistema de protección y se asemeja al estándar del Reglamento de la Unión Europea pero que recién comenzará su vigencia 24 meses después de su publicación – que aún no sucede y que podría presentar problemas en cuanto a su aplicación.
 - El acceso a la justicia, Cortes on line y resolución de disputas en línea – sea con un juez o a través de Inteligencia Artificial-.
 - La inteligencia Artificial, el denominado derecho de los robots – y el debate sobre la atribución de personalidad o el reconocimiento como sujetos de derechos, incluso los sesgos que se han descubierto a través de él-.
 - El impacto del metaverso en derechos clásicos como la propiedad e incluso el uso que se le da para, por ejemplo, el derecho de acceso a la salud o la integridad psíquica.

²⁵ FLACSO. *Carta Magna digital*. 2022. Disponible en: <https://flacsochile.org/wp-content/uploads/Carta-Magna-Digital-1.pdf>. Acceso en: 30 dic. 2022.

Ahora bien, podría asustarnos el incorporar una tesis que se aplica en el derecho anglosajón y que tampoco ha sido un tema exento de debate en el país que sí cuenta con un texto escrito, pero sin embargo, no observamos obstáculos para que una interpretación constitucional progresista y progresiva nos lleve a entenderlo como una Constitución viva, por lo demás, ejemplos tememos, ¿acaso el derecho al olvido está en nuestro texto, o el derecho el derecho a la verdad o incluso el límite a la libertad de expresión frente a discursos de odio, negacionistas o cuyo fin es desinformar? No, pero podemos sostenerlos desde una comprensión de la norma fundamental como un texto viviente, que respira y evoluciona junto con nuestra sociedad.

Referências

- ACKERMAN, B. Oliver Wender Holmes lectures: the living constitution. *Harvard Law Review*, [s. l.], v. 120, n. 7, p. 1737-1812, mayo 2007.
- CANADÁ. Corte Suprema de Canadá. *Caso 29866*. Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2004. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2196/index.do>. Acceso en: 30 dic. 2022.
- CHILE. [Constitución política de la República de Chile (1980)]. *Decreto Supremo n° 1.150, de 1980*. Santiago: Ministerio del Interior, 1980. Disponible en: https://www.camara.cl/camara/doc/leyes_normas/constitucion_politica.pdf. Acceso en: 6 feb. 2025.
- CHILE. *Boletín Nro. 11144-07*. Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. 2017. Disponible en: https://tramitacion.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11144-07. Acceso en: 30 dic. 2022.
- CHILE. *Propuesta de Constitución política de la República de Chile*. 2022. Disponible en: <https://www.chileconvention.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf>. Acceso en: 30 dic. 2022.
- CHILE. Subsecretaría de Telecomunicaciones. *Informe anual del sector Telecomunicaciones 2021*. [2022?]. Disponible en: https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2021/01/PPT_Series_DICIEMBRE_2019_VF2.pdf. Acceso en: 28 dic. 2022.
- CHILE. Subsecretaría de Telecomunicaciones. *Resultado del Barómetro de la brecha digital social*. 2021. Disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/wp-content/uploads/2021/06/ppt-barometro-brecha-jun2021.pdf>. Acceso en: 28 dic. 2022.
- CHILE. Tribunal Constitucional de Chile. *Sentencia recaída en rol 9529-2020*. Sobre el proyecto que tipificaba el negacionismo y el denominado delito de odio. Voto de minoría, considerando 11. 19 de noviembre de 2020.
- DUNCAN, R. Justice Scalia and the rule of law: originalism vs. the living constitution. *Regent University Law Review*, Lincoln, v. 29, n. 1, p. 13- 15, 2016.
- ELSTER, J. Alexis de Tocqueville. *The first social scientist*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- ESPAÑA. *Carta de derechos digitales*. 2021. Disponible en: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf. Acceso en: 30 dic. 2022.
- ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de los Estados Unidos. *Missouri vs. Holland*. 252 U.S. 19 de abril de 1920. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/usrep/usrep252/usrep252416/usrep252416.pdf>. Acceso en: 30 dic. 2022.
- ESTADOS UNIDOS. Corte Suprema de los Estados Unidos. *Oberfegefell vs. Hodges*. 26 de junio de 2015.
- EUROPEAN COMMISSION. *Declaración europea sobre derechos digitales y principios*. 2022. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/declaration-european-digital-rights-and-principles>. Acceso en: 30 dic. 2022.
- FLACSO. *Carta Magna digital*. 2022. Disponible en: <https://flacsochile.org/wp-content/uploads/Carta-Magna-Digital-1.pdf>. Acceso en: 30 dic. 2022.
- KRAMMEN, M. *Sovereignty and liberty: constitutional discourse in american culture*. Madison: University of Wisconsin Press, 1988.
- ORTÍZ, L.; VILLIOLER, P. Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile. *Revista chilena de Derecho y tecnología*, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 77-109, 2021. DOI: <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.56482>. Disponible en: <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/56482>. Acceso en: 30 dic. 2022.

PEÑA, C. *Pensar el malestar*: la crisis de octubre y la cuestión constitucional. Santiago: Penguin Random House Grupo Editorial, 2020.

POSNER, R. *Sexo y razón*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario Panhispánico de Español jurídico*. 2022. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/constituci%C3%B3n-viva>. Acceso en: 28 dic. 2022.

SCALIA, A. *A matter of interpretation*: federal courts and the law. Princeton: Princeton University Press, 1998.

STUTZER, A. *Direct democracy*: designing a living Constitution. Zürich: CREMA working paper, 2003.

USUARIOS de internet móvil consumen 10 GB en promedio al mes y el número de teléfonos móviles sube a 26 millones. *SUBTEL*, oct. 2019. Disponible en: <https://www.subtel.gob.cl/usuarios-de-internet-movil-consumen-10-gb-en-promedio-al-mes-y-numero-de-telefonos-moviles-suba-a-26-millones/>. Acceso en: 28 dic. 2022.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.