

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**PUCP**

**REDIMENSIONAMIENTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ:  
NUEVOS CONTENIDOS A LA LUZ DE LAS TIC Y EL CONSTITUCIONALISMO DIGITAL**

Tesis para optar el Título de Abogado, que presenta el

Bachiller:

**DILMAR VILLENA FERNÁNDEZ BACA**

Código: 20100691

Asesor:

**MAGNO ABRAHAM GARCÍA CHÁVARRI**

LIMA, 2020

*A mi papá, a mi mamá, a mi Mamá Alejita, a mis hermanos y a Ángela*

*Por su apoyo incondicional*



## Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo el entender cómo es que el Derecho Constitucional y el derecho de acceso a la información pública, en especial, se ven afectados por las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante, TIC). En el primer capítulo se realiza una breve exposición del crecimiento y evolución de Internet y, teniendo en cuenta su naturaleza, se analiza cómo este influencia el Derecho Constitucional: ello nos permite generar el concepto de Constitucionalismo digital, el cual definimos como el conjunto de ideas propias del constitucionalismo contemporáneo que nos brindan los parámetros de estudio del ejercicio del poder político en espacios digitales, el ejercicio de derechos fundamentales y los mecanismos de interpretación ante situaciones de incertidumbre *iusfundamental* en espacios digitales.

En el segundo capítulo expondremos el estado de la cuestión del principio constitucional de transparencia y del derecho de acceso a la información pública en el Perú. El primero es un principio implícito en nuestro ordenamiento constitucional y que cuenta con desarrollo normativo a nivel legal. Este se relaciona con el Estado exigiendo de él distintas actuaciones o el cumplimiento de distintas obligaciones: transparencia pasiva y transparencia activa. En lo que respecta al derecho de acceso a la información pública, este ha sido reconocido en ámbitos supranacionales y se le ha vinculado con el derecho a la libertad de información. De la misma manera, en Perú, jurisprudencialmente, se ha vinculado este derecho con el derecho de petición. Consideramos que el derecho de acceso a la información pública tiene un contenido diferenciado del derecho de petición y de la libertad de

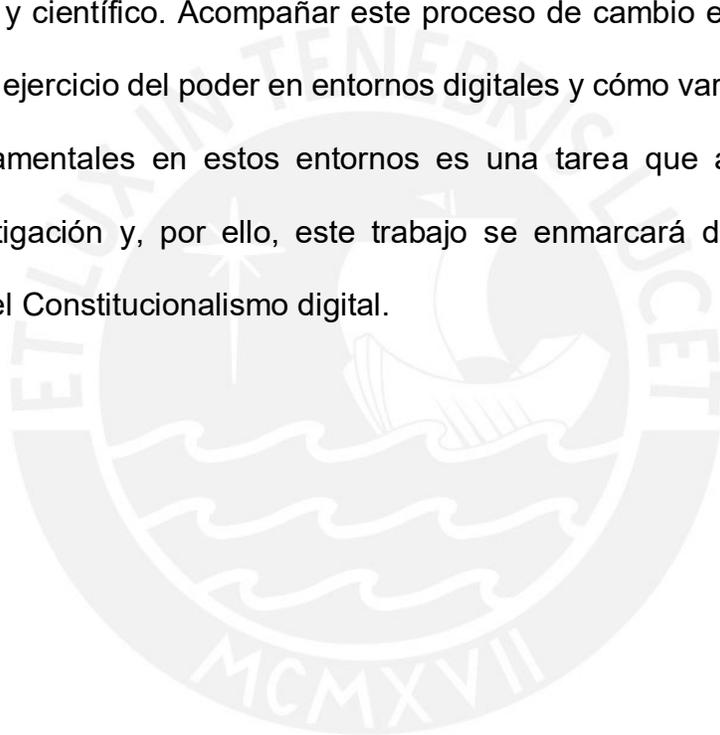
información: este gira en torno al interés fundamental que tienen las personas de conocer la información que produce o posee el Estado.

Finalmente, en el tercer capítulo utilizaremos los conceptos expuestos en el capítulo primero aplicándolos a los desarrollados en el capítulo segundo. En esta última sección abordaremos cómo afectan las TIC al derecho de acceso a la información pública: daremos cuenta de la relación transparencia pasiva – transparencia activa – transparencia proactiva con Administración pública tradicional – Gobierno electrónico – Gobierno Abierto. Todo ello, para concluir que el derecho de acceso a la información pública se desarrolla de la misma manera que el actuar administrativo del Estado se desarrolla con la tecnología.

Con ello podremos identificar contenidos adicionales del derecho de acceso a la información pública. Como transparencia pasiva, el derecho de acceso a la información pública se manifiesta en el artículo 2 inciso 5 de la Constitución: atender las solicitudes de acceso (Administración pública tradicional). En su faceta de transparencia activa, el derecho de acceso a la información pública implica que las solicitudes de acceso sean atendidas por medios electrónicos, también implica una obligación del Estado de hacer pública, conforme a ley, cierta información mínima; y, finalmente, también significa que el Estado, al momento de hacer pública cierta información de manera oficiosa a través de plataformas digitales, no impida arbitrariamente su acceso a los ciudadanos (Gobierno electrónico). Finalmente, en su faceta de transparencia proactiva, el último contenido adicional del derecho de acceso a la información pública que identificamos, este derecho se relaciona con los datos abiertos: cuando el Estado haga pública cierta información o le sea

solicitada, en caso esta contenga datos, el Estado debe brindarla de acuerdo a los parámetros de datos abiertos (Gobierno abierto).

Es posible identificar estos contenidos adicionales del derecho de acceso a la información pública gracias a interpretar el Derecho Constitucional en el contexto actual de los cambios tecnológicos. Resulta imperativo, por tanto, no desasociar el Derecho Constitucional de la situación contemporánea de constante cambio y avance técnico y científico. Acompañar este proceso de cambio estudiando cómo se desarrolla el ejercicio del poder en entornos digitales y cómo varía el ejercicio de derechos fundamentales en estos entornos es una tarea que asumimos en la presente investigación y, por ello, este trabajo se enmarcará dentro de lo que denominamos el Constitucionalismo digital.



## Índice

Resumen .....	3
Introducción .....	9
Capítulo I .....	13
El Derecho Constitucional y los derechos fundamentales frente a las TIC: el constitucionalismo digital .....	13
I. Ecosistema digital e Internet.....	13
1. Una breve historia de Internet.....	15
2. Los Foros de Gobernanza de Internet.....	21
2.1. Concepto de Gobernanza .....	21
2.2. Desarrollo histórico de los Foros de Gobernanza de Internet .....	22
2.2.1. Los grupos de interés.....	26
2.2.2. Las materias que aborda la Gobernanza de Internet.....	27
II. El Derecho Constitucional frente a los cambios tecnológicos .....	31
1. Las TIC y su impacto en el ordenamiento jurídico .....	32
2. ¿Regular o no regular Internet? .....	39
3. La Constitución ante los cambios tecnológicos .....	42
4. El llamado “constitucionalismo digital” y/o “constitucionalismo electrónico” .....	49
4.1. Constitucionalismo digital como construcción supraestatal y extrajurídica.....	49
4.2. Constitucionalismo digital como medio de articulación del poder privado en espacios virtuales.....	52
4.3. Constitucionalismo digital como instrumentos tendiente a establecer una declaración de derechos de Internet .....	54
4.4. Constitucionalismo digital como ideología .....	56
4.5. Nuestra concepción de constitucionalismo digital y qué es la Constitución digital .....	57
4.5.1. Nuestro concepto de constitucionalismo digital .....	58
4.5.2. Nuestro concepto de Constitución digital .....	60
4.6. Algunos retos del constitucionalismo digital.....	61
III. Los derechos fundamentales y las TIC: una interpretación evolutiva.....	63
1. Interpretación constitucional e interpretación de los derechos fundamentales .....	69
2. En torno a la interpretación evolutiva de los derechos fundamentales .....	71
2.1. Límites a la interpretación evolutiva de los derechos fundamentales.....	74
2.2. Métodos de manifestación de la interpretación evolutiva .....	76
2.3. Interpretación evolutiva y los sistemas constitucionales de <i>numerus apertus</i> de los derechos fundamentales.....	78

2.4. Derechos no enumerados y uso de la cláusula <i>numerus apertus</i> .....	81
3. Derechos digitales: sistematización, concepto y criterios de determinación .....	82
3.1. Nuestra sistematización de las dimensiones de cambio de los derechos fundamentales a la luz de las TIC .....	83
4. Propuesta de criterios para la determinación de existencia de un nuevo derecho digital fundamental.....	91
Capítulo II .....	95
El principio constitucional de transparencia y el derecho de acceso a la información pública en el Perú .....	95
I. En torno al principio constitucional de transparencia .....	97
1. Definición del principio de transparencia .....	101
2. Reconocimiento y fundamentación constitucional del principio de transparencia	103
2.1. Desarrollo legal y jurisprudencial del principio de transparencia en el Perú ..	106
2.1.1. Desarrollo legal .....	106
2.1.2. Desarrollo jurisprudencial constitucional del principio de transparencia .	110
3. Instrumentos internacionales y jurisprudencia supranacional.....	114
3.1. Instrumentos internacionales .....	114
3.2. Jurisprudencia interamericana .....	118
4. La relación del Estado con el principio de transparencia.....	120
4.1. Transparencia pasiva .....	121
4.2. Transparencia activa .....	121
4.2.1. Legislación comparada en materia de transparencia activa .....	125
4.2.2. La transparencia activa en nuestro país .....	130
II. En torno al Derecho de acceso a la información pública .....	132
1. Derecho de acceso a la información pública y la cultura del secreto.....	133
2. El derecho de acceso a la información pública en el derecho interno peruano ...	135
2.1. Regulación constitucional y legal.....	137
2.2. Desarrollo jurisprudencial constitucional.....	141
2.2.1. El caso “Transparencia y acceso a la información en el Sistema de Defensa Nacional” .....	149
3. El derecho de acceso a la información pública en el ámbito interamericano .....	152
3.1. Instrumentos internacionales .....	152
3.2. Jurisprudencia interamericana.....	158
4. El derecho de acceso a la información pública y su vinculación con el derecho de petición .....	161

5. Diferencia del derecho de acceso a la información pública y el derecho a la información .....	163
5.1. Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal .....	164
6. Nuestro concepto del derecho de acceso a la información pública .....	167
Capítulo III .....	174
La transparencia, el derecho de acceso a la información pública y su redimensionamiento a la luz de los cambios introducidos por Internet y las TIC .....	174
I. La transparencia y las TIC en la normativa peruana.....	175
1. Ley de Gobierno Digital .....	176
2. Decreto Supremo que aprueba la “Estrategia Nacional de Datos Abiertos Gubernamentales del Perú 2017 - 2021” y el “Modelo de Datos Abiertos Gubernamentales del Perú” .....	178
3. Agenda Digital peruana 2.0.....	181
4. Política Nacional de Gobierno Electrónico .....	182
5. Plan de Acción del Perú para su incorporación a la Alianza de Gobierno Abierto .....	183
II. Los distintos tipos de transparencia y su relación con las TIC y la Administración Pública .....	186
1. Transparencia pasiva – Administración Pública tradicional .....	189
2. Transparencia activa – Gobierno electrónico .....	191
3. Transparencia proactiva – Gobierno abierto .....	196
3.1. Los datos abiertos y sus aportes a la transparencia .....	199
III. Nuevos contenidos del derecho de acceso a la información pública: de la Administración pasiva a la Administración (pro)activa. Una propuesta .....	204
1. Las solicitudes de acceso a la información pública puedan ser remitidas, procesadas y atendidas a través de cualquier medio electrónico.....	209
2. Obligación de las entidades de publicar información en sus portales de transparencia, conforme a ley.....	213
3. No impedir arbitrariamente el acceso a información publicada en plataformas digitales .....	215
4. Brindar información conforme con los parámetros de datos abiertos .....	218
5. Síntesis de la propuesta .....	220
Consideraciones finales.....	224
Conclusiones .....	230
Bibliografía.....	231

## Introducción

Nos encontramos en una etapa histórica en la que muchas disciplinas del Derecho se encuentran en un proceso de transformación profundo no visto, tal vez, desde la revolución industrial. Las TIC son el motor de este proceso: si bien en un principio el impacto era evidente en ramas del Derecho Privado (nuevas formas a través de las cuales celebrar negocios jurídicos, nuevos tipos de bienes, reformulación en los tipos contractuales, etcétera), este también alcanza al Derecho Público.

Las Administraciones Públicas han tenido la necesidad de modificar la forma en la que prestan servicios, aprovechando la tecnología para hacer más sencillos y céleres los trámites que realizan los ciudadanos. Sus procedimientos también han sufrido cambios ya que se ha tenido que modificar la legislación para incorporar los procedimientos administrativos electrónicos, modificar las modalidades de notificación, entre otros. El Derecho Constitucional, como rama del Derecho Público, no ha sido ajeno a estos cambios propiciados por las TIC.

Cómo se limita el poder político en espacios digitales o qué nuevos contenidos o derechos fundamentales se vislumbran en nuestro sistema constitucional son algunas de las cuestiones que el Derecho Constitucional tiene que hacer frente en el presente siglo. Aún más, en una sociedad mundial tan conectada como en la que vivimos hoy día, cuestiones clásicas del Derecho Constitucional tales como soberanía o territorio son también puestas a prueba.

Es sobre esta problemática en torno a la que gira el presente trabajo. Cómo y en qué medida impacta el mundo digital e Internet en el Derecho Constitucional: ¿cómo aporta el desarrollo de Internet en los criterios de interpretación constitucional?

¿Cómo se ve afectado el catálogo de derechos fundamentales? ¿La estructura del Estado sufre algún cambio debido a la inmersión de los poderes públicos en el mundo digital? Todo ello, y sumado a lo que hoy se conoce como Constitucionalismo digital, será abordado en el primer capítulo de la presente tesis.

No obstante, la problemática de la tecnología no es la única a la que deben hacer frente los Estados contemporáneos. La transparencia en su actuar es una materia aún pendiente en muchos Estados, más aún en aquellos de larga tradición secretista. El derecho de acceso a la información pública, como manifestación del principio de transparencia se muestra como una de las vías a través de las cuales se lograría fortalecer las democracias a través de la rendición de cuentas.

Si bien el derecho de acceso a la información pública goza de reconocimiento constitucional y de un amplio desarrollo jurisprudencial, se han dejado desatendidos aspectos de la transparencia que ayudarían a fortalecer mejor nuestro sistema constitucional. En efecto, cuestiones como la transparencia activa no han recibido la atención jurisprudencial/dogmática necesaria, ni tampoco el cómo se debe regir un actuar estatal transparente en espacios digitales. El segundo capítulo girará en torno al principio constitucional de transparencia, el derecho de acceso a la información y cómo se enmarcan estos dentro de nuestro sistema constitucional.

En el tercer capítulo, teniendo en cuenta cómo las TIC afectan el Derecho Constitucional y cuál es el tratamiento del derecho de acceso a la información pública en nuestro ordenamiento jurídico, se analizará en qué medida este derecho es redimensionado. La presente tesis abordará la problemática de las TIC, especialmente Internet, y el Derecho Constitucional, en general; para abordar el

caso del derecho de acceso a la información pública, en particular. De esta manera, se busca brindar algunas ideas y nociones que puedan orientar el debate en torno a la tecnología y el Derecho Constitucional, de un lado; y, de otro lado, se pretende brindar una percepción distinta del derecho de acceso a la información pública en el contexto peruano que pueda dar respuesta a los retos del constitucionalismo actual.

Finalmente, es importante resaltar que si bien el presente trabajo de investigación culminó en febrero del 2020, los conceptos que en este se desarrollan cobran especial importancia en el contexto actual de pandemia en el que nos encontramos. De un lado, la gran cantidad de normas que regulan cómo se desenvuelve ahora el Estado en entornos digitales (“patrullaje” en redes sociales, sesiones parlamentarias virtuales, audiencias a través de videollamadas, uso y recopilación de nuestros datos personales a través de aplicaciones móviles, etcétera); y, de otro lado, la forma en la que varía el ejercicio cotidiano de nuestros derechos fundamentales (cómo ejercemos nuestros derechos al trabajo, derecho a la salud, derecho a la educación, acceso a la justicia, etcétera) genera cuestiones de especial interés constitucional a las cuales es importante brindarles atención y respuesta.

El derecho de acceso a la información pública también genera cuestiones a las cuales el presente trabajo brinda aproximaciones: cómo garantizar su ejercicio si las personas se encuentran imposibilitadas de circular libremente en espacios públicos y si las entidades públicas que deberían atender las solicitudes no atienden materialmente debido a que sus trabajadores están impedidos de ir a sus centros de labores.

La presente tesis desarrolla tópicos que hoy en día se tornan trascendentes en torno a los debates contemporáneos del Derecho Constitucional: ejercicio de poder en espacios digitales, ejercicio de derechos y parámetros de interpretación normativa en Internet son algunas de las cuestiones que este trabajo aborda. En buena cuenta, si bien el Constitucionalismo digital fue pensado, al momento de iniciar la investigación de la presente tesis, como un tópico a abordar en los siguientes años, la realidad ha adelantado este debate resaltando así la importancia que se le debe brindar a esta materia. Esperamos el presente trabajo sirva, entonces, para generar las aproximaciones necesarias a la realidad tan compleja que nos toca vivir en adelante.



## **Capítulo I**

### **El Derecho Constitucional y los derechos fundamentales frente a las TIC: el constitucionalismo digital**

En el presente primer capítulo se abordará la problemática que genera el acercamiento del Derecho Constitucional a las Tecnologías de la Información y Comunicación. Así, en primer lugar, expondremos de manera sucinta el desarrollo histórico de Internet y cómo es que este ha dado forma a los mecanismos de toma de decisiones en torno a la red. Posteriormente, analizaremos el impacto que los cambios tecnológicos tienen en el Derecho Constitucional teniendo en cuenta, en primer lugar, si cabe o no regular Internet. Luego se enmarca este fenómeno dentro de lo que se conoce hoy en día como Constitucionalismo digital y se brinda un acercamiento a la problemática de los derechos fundamentales en el ámbito de las TIC. Finalmente, se propone un concepto de derechos digitales, así como una serie de criterios para determinar cuándo nos encontramos frente a un derecho digital o no.

#### **I. Ecosistema digital e Internet**

Desde mediados del siglo XVIII en adelante se produjeron una serie de fenómenos en el mundo occidental que constituyeron un quiebre fundamental en la historia y el desarrollo de la humanidad. A partir de ese entonces, se fue “fraguando la transición entre dos grandes etapas en la historia de la humanidad: una, caracterizada por una

economía y sociedades agrarias, tradicionales, y la otra, por una economía y sociedades industriales, modernas y desarrolladas”<sup>1</sup>.

Así, nos encontrábamos frente a la Revolución Industrial, la cual entendemos como el “complejo de innovaciones tecnológicas que, al sustituir la habilidad humana por la maquinaria y la fuerza humana y animal por energía mecánica, provoca el paso desde la producción artesana a la fabril, dando así lugar al nacimiento de la economía moderna”<sup>2</sup>. De acuerdo a ello, se suele identificar tres etapas de la mencionada Revolución Industrial. La primera, caracterizada por la máquina de vapor y los ferrocarriles. La segunda, caracterizada por el uso de combustibles fósiles como el petróleo y el automóvil<sup>3</sup>.

Y, finalmente, nos encontramos hoy en día ante la tercera revolución industrial o revolución tecnológica basada en la computadora, el *software*, la microelectrónica, los celulares y, cómo no, Internet<sup>4</sup>. Efectivamente, el fenómeno más resaltante de este proceso industrial que hizo posible la transición hacia la Sociedad de la Información es Internet. Es por ello que, en lo referente al presente capítulo, si bien se realizará un análisis sobre el impacto de las TIC en el Derecho Constitucional en general, se realizará un mayor énfasis en lo referido al fenómeno de Internet.

---

<sup>1</sup> BILBAO, Luis y LANZA, Ramón. “Historia Económica”. Material del 2º Semestre de Estudios de Grado en ADE. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 2009, p. 81.

<[https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11139/55646\\_HistoriaEconomicaCC.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11139/55646_HistoriaEconomicaCC.pdf?sequence=1)>

<sup>2</sup> LANDES, D. *Progreso tecnológico y revolución industrial*. Madrid: Tecnos, 1979, p. 15; citado por CHAVES, Julián. “Desarrollo tecnológico en la Primera Revolución Industrial”. *Norba. Revista de Historia*. ISSN 0213-375X, Vol. 17, 2004, p. 96.

<sup>3</sup> SILVA, Luis. “La segunda revolución industrial”. UVEG, 2012.

<<http://roa.uveg.edu.mx/repositorio/bachillerato2015/125/LaSegundaRevolucionIndustrial.pdf>>

<sup>4</sup> FREEMAN, Chris y LOUÇÃ, Francisco. *As time goes by. From the Industrial Revolutions to the Information Revolution*. Oxford: University Press, 2001, p. 301 (traducción propia).

En el presente apartado describiremos el origen y evolución de Internet, destacando el rol que las distintas comunidades tuvieron en este. Posteriormente, daremos a conocer la forma en que esta participación de los distintos actores en el desarrollo de Internet ha sido recogido en los Foros de Gobernanza, dando lugar así a los sistemas de gobernanza de Internet que dan pautas en torno a cómo se deben tomar las decisiones sobre el presente y futuro de la “red de redes”.

## **1. Una breve historia de Internet**

El primer registro que se tiene respecto de la posibilidad de interacciones sociales a través de redes de computadoras es una serie de memorándums escritos por J.C.R. Licklider del MIT (*Massachusetts Institute of Technology* por sus siglas en inglés) discutiendo su concepto de “Red Galáctica”: el visualizaba un grupo de computadoras globalmente interconectadas a través de las cuales cualquiera pudiese tener acceso rápido a datos y programas desde cualquier lugar<sup>5</sup>. Fue precisamente Licklider la cabeza del programa de investigación en computadoras en DARPA (*Defense Advanced Research Projects Agency*), el cual fue un proyecto militar impulsado por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos.

Esta idea de Licklider fue transmitida a sus sucesores en el mencionado proyecto, de entre los cuales, Lawrence G. Roberts (investigador del MIT), impulsó en DARPA el desarrollo de su concepto de red de computadoras llamada ARPANET. Utilizando dicha red se dio la primera conexión entre nodos con la Universidad de California (UCLA) en setiembre de 1969. Siguiendo este desarrollo, para finales del

---

<sup>5</sup> LEINER, Barry; CERF, Vinton; CLARK, David y otros. “Brief History of the Internet”. *ACM SIGCOMM Computer Communication Review*, Vol. 39, Núm. 5, 2009, p.23 (traducción propia).

mencionado año, cuatro computadores estaban interconectados al inicial ARPANET y se inició con la construcción de lo que hoy conocemos como Internet<sup>6</sup>.

Indica MERCEDES que Internet fue creado

(...) con el objetivo militar de asegurar las estructuras de mando y control ante un hipotético ataque nuclear (...) Con la inspiración del funcionamiento del cerebro humano, que pueda superar una enfermedad cambiando la ruta por la que envía las indicaciones, Paul BARAN, Leonard KLEINROCK y Donald DAVIES, de manera separada, estudiaron cómo dividir la información en pequeñas unidades, los paquetes de datos, para enviarla por distintas vías a un mismo destino en el que reencontrarlas sin haberse perdido. (...) Surge así la llamada “computación de datos”. La base de Internet es esa desagregación de los datos de la comunicación.<sup>7</sup>

En el mismo sentido se expresa PÉREZ<sup>8</sup> al afirmar que

Internet nació de la unión de un proyecto militar promovido por el Departamento de Defensa de EEUU (ARPANET) y de una red creada en el entorno científico (NSFNET) (...). Lo que no pudieron prever en el momento de su creación es que Internet llegaría a ser una red de uso tan generalizado, pues en un primer momento las expectativas estaban limitadas al ámbito científico.

Como podemos observar, la principal finalidad de la incipiente red era el lograr conectar computadoras (ya sea con fines militares o académicos) y, para ello, era necesario idear una manera en la que distintas infraestructuras o redes físicas, heterogéneas y disímiles, lograsen funcionar como una “red única”. Es decir, si lo que se buscaba era conectar computadores ubicados, en un principio, en distintas partes de los Estados Unidos y en el que cada uno cuenta con su propia infraestructura física, había que idear la forma para que logren “hablar un solo

---

<sup>6</sup> Íbidem.

<sup>7</sup> FUERTES, Mercedes. Neutralidad de la red: ¿realidad o utopía? Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 75.

<sup>8</sup> PÉREZ, Jorge. *La Gobernanza de Internet. Contribución al debate mundial sobre la gestión y el control de la red*. Madrid: Ariel, 2008, p. 14.

idioma”. Fueron R. KAHN y V. CENF los que idearon la forma de lograrlo: creando el protocolo<sup>9</sup> TCP/IP, el cual permite que “las diferencias entre los distintos protocolos de red sean transparentes mediante el uso de un protocolo común de interred”<sup>10</sup>.

En los años 70 se producen una serie de hitos referidos Internet: se inventa el correo electrónico, se conecta el ARPANET con Inglaterra (*University College of London*), y Telenet, una versión comercial de ARPANET, aparece<sup>11</sup>. A fines de los años 70 y a inicios de los 80 comienzan a aparecer redes similares y paralelas a ARPANET: BITNET, CSNET, etcétra. Se estaba entrando, entonces, a una nueva etapa de Internet en donde la misión no era ya conectar ordenadores, sino conectar redes de ordenadores<sup>12</sup>. Esto se logró en el año 1982, año en el que DARPA establece al protocolo TCP/IP, el cual se establece como el conjunto de protocolos para ARPANET. Este protocolo, que permitía la conexión entre redes, llevará a la aparición de lo que hoy conocemos como Internet: un conjunto interconectado de redes<sup>13</sup><sup>14</sup>. Para el año 1985, Internet ya estaba bien establecido como una

---

<sup>9</sup> Entendemos por protocolos como las reglas que permiten transmitir información de un punto A a un punto B de manera segura. La principal preocupación en el incipiente desarrollo de Internet giraba en torno a lograr la interoperabilidad, es decir, conseguir que todos los operadores y aplicaciones del sistema funcionen bajo las mismas reglas: obtener un protocolo que permita unificar distintas redes. CORTÉS, Carlos. “La gobernanza de internet: la trampa de las formas”. En BERTONI, Eduardo (comp.) *Internet y derechos humanos II*. Buenos Aires: Ediciones del Jinete Insomne, 2016, p. 19.

<sup>10</sup> PÉREZ, Jorge. Op. Cit. p. 15.

<sup>11</sup> MARSHALL, Dave. History of the Internet: Timeline.

<<http://www.netvalley.com/archives/mirrors/davemarsh-timeline-1.htm>>

<sup>12</sup> GARCÍA, Francisco. “El Gobierno de Internet como reto del Derecho Constitucional”. *Anales del Derecho. Universidad de Murcia*. Número 24, 2006, p. 272.

<<http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57921>>

<sup>13</sup> Íbidem.

<sup>14</sup> De hecho, la inmensa y rápida expansión de Internet se debió a la facilidad de interconectar distintas redes físicas con otras.

tecnología (principalmente en los EEUU<sup>15</sup>) que soportaba un grupo de comunidades de investigadores y desarrolladores, y empezaba a ser usado por otras comunidades para comunicaciones diarias<sup>16</sup>.

Sin embargo, es recién a partir del año de 1993<sup>17</sup> que Internet va adquiriendo un carácter más comercial y, en el año 1994, el dominio “.com” supera al “.edu”. Es llegados a este punto que la gestión de “los recursos de una red que, concebida inicialmente como reducto científico, se vislumbra con un increíble potencial económico”<sup>18</sup>. Así, ya para el 1995 se contaban con 6.5 millones de *hosts* y 100 mil páginas web y, con la entrada en 1996 de Microsoft en la tecnología de buscadores<sup>19</sup>, Internet ya estaba enrumbado a ser lo que conocemos hoy en día. Toda esta expansión comercial y penetración de Internet en la sociedad acercándose al usuario es lograda gracias a que se logra generar conectividad a las redes de infraestructura de telecomunicaciones tradicional previamente existente<sup>20</sup>.

En fin, de acuerdo a lo desarrollado, se puede evidenciar el papel trascendental que desempeñó, primero, la comunidad técnica al momento de diseñar y desarrollar

---

<sup>15</sup> AMORETTI atribuye la expansión y desarrollo de Internet en los Estados Unidos a la creencia protestante en el origen democratizante de la información. La necesidad de contar con una sociedad informada fue incorporada en la Constitución federal como en la de los Estados federados: se impulsaba la libre circulación de la información a través de la libertad de expresión y de prensa. De esta manera, la república norteamericana se enfocó en crear mercados para la información e instituciones para sostenerlas. La conexión entre libertad y libre flujo de información y su difusión en la sociedad norteamericana y en su vida pública explican por qué en el compromiso con la democracia está incluida la cultura de ciudadanos informados. Es gracias a ello que el despliegue de Internet, en tanto mecanismo que permite el libre flujo de información, tuvo un carácter tan explosivo en los Estados Unidos. Para mayor abundamiento ver: AMORETTI, Francesco. *Electronic Constitution: Social, Cultural, and Political Implications*. London: IGI Global, 2009, p. 8.

<sup>16</sup> LEINER, Barry; CERF, Vinton; CLARK, David y otros. Op. Cit. p. 26.

<sup>17</sup> Cabe añadir que ARPANET cerró en el año 1990 dejando al TCP/IP como el protocolo encargado de interconectar distintas redes y así generar las bases para lo que hoy conocemos como Internet.

<sup>18</sup> PÉREZ, Jorge. Op. Cit. 18.

<sup>19</sup> MARSHALL, Loc. Cit.

<sup>20</sup> PÉREZ, Jorge. Op. Cit. 19.

Internet: “(l)a gestión de la red Internet se concebía en sus orígenes como un problema de ingeniería, por lo que triunfaron aquellos diseños que se promovían desde el entorno científico y que aportaban una solución eficaz”<sup>21</sup>.

Es importante llamar la atención sobre el trascendental peso de la comunidad académica al inicio de Internet, pues era esta una de sus principales usuarios. También es importante llamar la atención sobre la importancia que tenían las empresas tradicionales de telecomunicaciones, pues fue a través de sus redes que se logró, en primer término, lograr la expansión comercial de Internet.

Así pues, Internet no nació con la filosofía del sector tradicional de las telecomunicaciones. El valor de la red era específicamente el de la conectividad, por lo que en principio se desarrollaron pocas aplicaciones y/o servicios, y ninguno de ellos estaba dirigido a los usuarios finales que constituían los clientes del sector tradicional de las telecomunicaciones. Durante sus primeros 20 años de existencia (desde 1970 hasta comienzos de 1990), prácticamente Internet no salió del entorno científico. La generalización en el uso de Internet llegó de la mano del hipertexto y del primer navegador, World Wide Web, que desarrolló Tim Berners-Lee en 1990. Así pues, la aparición de Internet no supuso, en sus primeros tiempos, ningún hito para los operadores de telecomunicación, que ya trabajaban en el desarrollo de redes de transmisión de datos que, de hecho, estaban enfocadas a proporcionar servicios a los usuarios.<sup>22</sup>

De esta manera, se puede observar cómo es que el manejo y gestión de los recursos críticos<sup>23</sup> referidos a Internet tiene varios actores (organismos), los cuales trabajan autónomos entre sí pero conjuntamente. El modelo descentralizado de

---

<sup>21</sup> PÉREZ, Jorge. Loc. Cit. 18.

<sup>22</sup> Íbidem.

<sup>23</sup> Entendemos como recursos críticos a aquellos elementos virtuales indispensables para el funcionamiento de la red (tales como las direcciones IP o los nombres de dominio). CORTÉS, Carlos. Op. Cit., p. 16.

gestión de Internet, pues, tiene mucho que ver con su génesis: distintos sectores/actores que manejan ciertos recursos críticos de la red. De esta manera,

(...) se pueden destacar cuatro organizaciones que a lo largo de los años han tenido un papel relevante en la gestión de Internet:

- IAB (Internet Architectural Board): Grupo formado por 15 técnicos reputados encargado de asegurar que los protocolos y parámetros que se implementan en Internet son compatibles. Del IAB depende el IESG, grupo de coordinación que rige el IETF.
- IETF (Internet Engineering Task Force): Un cuerpo de ingenieros de diferentes compañías e instituciones académicas que trabaja sobre (y define) los protocolos básicos de Internet. El IETF nace de una escisión de la Comunidad Internet de la UIT. El IETF crea documentos llamados RFC (Requests for Comments, peticiones de comentarios). El significado de esto es que ningún documento se considera definitivo y que sólo se convertirá en estándar si es aceptado por la comunidad.
- W3C (World Wide Web Consortium): consorcio internacional que desarrolla estándares web y pautas.
- ISOC (Internet Society): Asociación internacional con sede en Estados Unidos que agrupa a los representantes de los usuarios y mantiene el carácter abierto de la red. De entre los que formaban parte de ISOC en el momento de su creación se contaban bastante personas que habían estado involucradas durante largo tiempo con el IETF, y uno de los fundamentos de la asociación fue (y aún es hoy) proporcionar un hogar institucional y apoyo financiero al proceso de creación de estándares de Internet.<sup>24</sup>

Internet, pues, a diferencia del modelo de gestión tradicional de las telecomunicaciones (y de otros sectores), tiene en su génesis una gestión descentralizada donde participan distintos actores. Las ONU recoge, pues, este modelo descentralizado y lo implementa en sus Foros de Gobernanza de Internet. En estos Foros convergen los distintos sectores interesados en la red y se toman acuerdos relativos a su gestión. Por ello a continuación expondremos el origen y

---

<sup>24</sup> PÉREZ, Jorge. Op. Cit. pp. 20-21

formación de los Foros de Gobernanza, las problemáticas que aborda y cómo estos han moldeado la forma en torno a cómo se toman decisiones sobre Internet.

## **2. Los Foros de Gobernanza de Internet**

### **2.1. Concepto de Gobernanza**

Antes de entrar a profundizar sobre los esfuerzos que se realizaron para poder discutir las implicancias de Internet en la sociedad (los Foros de Gobernanza), resulta necesario definir qué entendemos por *Gobernanza*. A grandes rasgos, podemos definir a la gobernanza de Internet como

(...) el desarrollo y la aplicación por los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en las funciones que les competen respectivamente, de principios, normas, reglas, procedimientos de adopción de decisiones y programas comunes que configuran la evolución y la utilización de Internet.<sup>25</sup>

Al respecto, en primer lugar, cabe llamar la atención respecto de la diferencia que especialistas en la materia plantean entre el término “gobierno” y “gobernanza”. El segundo término, gobernanza, deriva del *governance* en inglés. Su principal diferencia está en el modo en el cual se elabora y se decide sobre políticas: mientras que el modelo tradicional de gobierno está basado en un sistema de decisión centralizado en el Estado y fuertemente jerarquizado entre quien gobierna y quien es gobernado; en el modelo de gobernanza se deja de lado el monopolio decisorio del Estado y la elaboración de políticas pasa a ser producto de interacción y dependencias entre instituciones políticas, sociales, públicas y privadas<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre el Gobierno de Internet de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, junio de 2005, párrafo 10.

<sup>26</sup> PÉREZ, Jorge. Op. Cit., p. 24.

En suma, la forma cómo es que se toman decisiones respecto a Internet es descentralizada, tomando en cuenta a los distintos actores que participan o tienen interés en su manejo (modelo *multistakeholder*). Esto se debe a cómo evolucionó y cómo se desarrolló Internet, de acuerdo a lo previamente expuesto.

## **2.2. Desarrollo histórico de los Foros de Gobernanza de Internet**

La revolución digital que se dio a finales del siglo XX, impulsada por las TIC, cambió la manera en la que la gente se comporta, comunica, aprende, piensa, etcétera. Sin embargo, de la misma manera que este gran desarrollo se daba en un grupo de países avanzados, existía otro grupo que se encontraba muy atrasado en este aspecto. Tal problemática, la brecha digital, despertó el interés de los distintos líderes mundiales quienes reconocieron que la discusión al respecto implicaba nuevas dinámicas de toma de decisiones globales<sup>27</sup>.

En este sentido, teniendo en cuenta que la discusión sobre la problemática de la Sociedad de la Información y las TIC requería una discusión mundial al más alto nivel, la Unión Internacional de Comunicaciones (*UIT* por sus siglas en inglés) aprobó, en Minneapolis, en el año 1998, la Resolución 73. En esta se resolvió llevar a cabo una Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información y colocar la misma en la agenda de las Naciones Unidas<sup>28</sup>.

Posteriormente, las Naciones Unidas, en enero del 2002, en una Resolución adoptada por la Asamblea General, aprobó la realización, al más alto nivel, de la

---

<sup>27</sup> Página web del *World Summit on the Information Society* (WSIS por sus siglas en inglés).  
<http://www.itu.int/net/wsis/basic/why.html>

<sup>28</sup> Resolución 73 de la Conferencia Plenipotenciaria de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, Minneapolis, 1998.

Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI). Esta se realizaría en dos fases: La primera, en Ginebra, del 10 al 12 de Diciembre del 2003; la segunda, en Túnez en el año 2005<sup>29</sup>.

“En la primera fase de la CMSI participaron más 11.000 personas procedentes de 175 países, incluidos 50 jefes de Estado así como ministros, académicos, representantes del sector privado y organizaciones de la sociedad civil”<sup>30</sup>. Esta Cumbre dio como fruto una Declaración de Principios<sup>31</sup> y un Plan de Acción<sup>32</sup>. En el mencionado Plan de Acción, ante la ausencia de consenso en torno a cómo tomar decisiones en lo referido a Internet, se solicitó al Secretario General de las Naciones Unidas que estableciera un Grupo de Trabajo sobre la gobernanza de Internet<sup>33</sup>.

A este Grupo de Trabajo se le encargó, principalmente, tres tareas:

- i) elaborar una definición de trabajo del gobierno de Internet;

---

<sup>29</sup> Naciones Unidas. Resolución 56/183 Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, 31 de enero 2002.

<sup>30</sup> SOUTHERCENTRE. “Gobernanza de Internet para el Desarrollo”. Documento Analítico, 2006, p. 10.

<sup>31</sup> En el mismo se declaró que

**Estamos decididos** a proseguir nuestra búsqueda para garantizar que las oportunidades que ofrecen las TIC redunden en beneficio de todos. Estamos de acuerdo en que, para responder a tales desafíos, todas las partes interesadas deberían colaborar para ampliar el acceso a la infraestructura y las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como a la información y al conocimiento; fomentar la capacidad; reforzar la confianza y la seguridad en la utilización de las TIC; crear un entorno propicio a todos los niveles; desarrollar y ampliar las aplicaciones TIC; promover y respetar la diversidad cultural; reconocer el papel de los medios de comunicación; abordar las dimensiones éticas de la Sociedad de la Información; y alentar la cooperación internacional y regional.

En este sentido, de entre los principios acordados podemos destacar: 1) La función de los gobiernos y de todas las partes interesadas en la promoción de las TIC para el desarrollo; 2) Infraestructura de la información y las comunicaciones: fundamento básico de una Sociedad de la Información integradora; 3) Acceso a la información y al conocimiento (...); 10) Dimensiones éticas de la Sociedad de la Información, entre otros. Documento WSIS-03/GENEVA/4-S, 12 de mayo de 2004.

<[https://www.itu.int/dms\\_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0004!!PDF-S.pdf](https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0004!!PDF-S.pdf)>

<sup>32</sup> En este Plan se determinó que se han de tomar medidas en lo referido a Gobierno electrónico, negocios electrónicos, aprendizaje electrónico, cibersalud, ciberempleo, ciberecología, ciberagricultura y ciber-ciencia; además de reconocer la diversidad e identidad culturales, diversidad lingüística y contenido local. Documento WSIS-03/GENEVA/5-S, 12 de mayo de 2004.

<[https://www.itu.int/dms\\_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0005!!PDF-S.pdf](https://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsis/doc/S03-WSIS-DOC-0005!!PDF-S.pdf)>

<sup>33</sup> SOUTHERCENTRE. Loc. Cit.

ii) identificar las cuestiones de política pública que sean pertinentes para el gobierno de Internet;

iii) desarrollar una comprensión común de los respectivos papeles y responsabilidades de los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales e internacionales existentes y otros foros, así como el sector privado y la sociedad civil de los países en desarrollo y los países desarrollados<sup>34</sup>.

Respecto de la primera tarea, esta definición ya se expuso previamente a inicios del presente subcapítulo. En lo referido a la segunda, el Grupo de Trabajo indicó cuatro esferas clave de política pública:

a) Cuestiones relativas a la infraestructura y la gestión de recursos críticos de Internet, incluida la administración del sistema de nombres de dominio y direcciones de protocolo de Internet (direcciones IP), (...), la infraestructura de telecomunicaciones incluidas las tecnologías innovadoras y convergentes, así como el multilingüismo (...);

b) Cuestiones relativas a la utilización de Internet, incluido el envío masivo de mensajes no solicitados (spam), la seguridad de las redes y el cibercrimen (...);

c) Cuestiones de interés para Internet, pero que tienen una repercusión más amplia, y para las que existen organizaciones competentes, como los derechos de propiedad intelectual o el comercio internacional (...);

d) Cuestiones relativas a los aspectos del desarrollo del gobierno de Internet, en particular la creación de capacidad en los países en desarrollo<sup>35</sup>.

Finalmente, en lo referido a la tercera tarea, los miembros del Grupo de Trabajo

(...) agruparon a los agentes que desempeñaban distintas funciones y responsabilidades en la gobernanza de Internet en tres categorías: los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, e hicieron referencia a las instituciones académicas y las comunidades técnicas y sus organizaciones. Las listas son bastante genéricas y varias de las funciones y responsabilidades aparecen en todas las categorías, lo que pone de relieve la naturaleza transversal de las cuestiones de gobernanza de Internet y la necesidad de que los agentes trabajen juntos. En la

---

<sup>34</sup> Documento WSIS-03/GENEVA/5-S. Loc. Cit.

<sup>35</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre el Gobierno de Internet de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, junio de 2005, párrafo 13.

conclusión de esa sección, se menciona con brevedad las funciones y obligaciones de las organizaciones internacionales e intergubernamentales. El Grupo de Trabajo concluyó que la función de las organizaciones en la gobernanza de Internet es importante; sin embargo, señaló la necesidad de mejorar la coordinación entre ellas<sup>36</sup>.

Cabe añadir la importancia que tiene la cooperación internacional en el informe propuesto. En el mismo se resalta la ausencia de un foro efectivo donde se discutan asuntos de gobernanza de Internet. Este tendría que estar vinculado a las Naciones Unidas por su capacidad de convocar a los países en desarrollo. Además, también se mencionó la necesidad de transparencia en dicho foro que permita, también, la participación de las partes interesadas y que cuente con una estructura “muy ligera”<sup>37</sup>.

La segunda fase de la CMSI fue llevada a cabo en Túnez en noviembre del 2005. Dicha Cumbre produjo dos documentos: el Compromiso de Túnez<sup>38</sup> y la Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información<sup>39</sup>. Se llegaron a acuerdos, básicamente en torno a cómo el uso y acceso a las TIC pueden permitir el desarrollo de los países y, así, alcanzar los objetivos de desarrollo del milenio.

No obstante, en lo que a la presente tesis concierne, el resultado a destacar del II CMSI es la creación del Foro de Gobernanza de Internet. Este fue anunciado formalmente por el Secretario General de las Naciones Unidas en julio del 2006 y

---

<sup>36</sup> SOUTHERCENTRE. Loc. Cit.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Documento WSIS-05/TUNIS/DOC/7-S, 28 de junio de 2006.

<<https://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/7-es.pdf>>

<sup>39</sup> Documento WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-S 28 de junio de 2006.

<<https://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1-es.pdf>>

se llevó a cabo en octubre del mismo año, y, a partir de ahí, se realiza anualmente hasta nuestros días.

El Foro de Gobernanza de Internet es un foro abierto que reúne a diferentes grupos de interés como iguales en torno a debates sobre cuestiones de políticas públicas relacionadas a Internet. Este foro se caracteriza, como indicamos previamente, por la toma de decisiones descentralizadas en cuya elaboración participan todos los sectores interesados de manera igualitaria. Ahora bien, llegados a este punto, creemos importante enunciar cuáles son los grupos de interés que participan en estos foros y cuáles son los temas sobre los que se discute.

### **2.2.1. Los grupos de interés**

Estos grupos son, principalmente, y a partir de lo desarrollado en la Agenda de Túnez<sup>40</sup>, los siguientes:

- Estados.
- Sector privado. Aquí podemos encontrar a empresas como Google o empresas proveedoras de servicio de Internet –en Perú, Movistar, por ejemplo-, Microsoft, etcétera).
- Sociedad Civil. Esta suele ser representada por ciertas organizaciones como la Fundación Diplo, etcétera. También, de manera individual, cualquier persona puede acceder a estos foros ya que son abiertos.

---

<sup>40</sup> Párrafo 35 en adelante.

- Comunidad técnica. Conformado, incluso, por los primeros creadores de Internet y es el grupo de expertos en la materia. Suele ser representado por ICANN, ISOC, etcétera.
- Organizaciones internacionales. Es importante la participación de las Naciones Unidas o de la Organización Internacional de las Telecomunicaciones.

### 2.2.2. Las materias que aborda la Gobernanza de Internet

La Fundación Diplo desarrolló un esquema según el cual la Gobernanza de Internet gira en torno a cinco temas principales

**1) Infraestructura y estandarización:** Recordemos que Internet funciona gracias a infraestructura física. Así, el primer gran tema –infraestructura- que se aborda en lo relativo a la Gobernanza se divide en dos grupos. El primero, relacionado a los asuntos imprescindibles para que Internet pueda funcionar. Este gira en torno a tres capas: 1. La infraestructura de telecomunicaciones sobre la que fluye todo el tráfico de Internet, 2. Los estándares y servicios técnicos (la infraestructura que hace funcionar Internet (p. ej. TCP/IP, DNS, SSL); y 3. Los estándares de contenido y aplicaciones (p. ej. HTML, XML). El segundo gira en torno a asuntos relacionados a la protección de la operación segura y estable de la infraestructura de Internet (seguridad, encriptación, etcétera)<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> KURBALIJA, Jovan y GELBSTEIN, Eduardo. *Gobernanza de Internet. Asuntos, actores y brechas*. Malta: DiploFoundation, 2005, pp. 37-38.

**2) Económica:** Es indudable la importancia económica que tiene Internet (ya sea desde el punto de vista de infraestructura, prestación, desarrollo y fomento del comercio, etcétera). Así, en este punto encontramos temas como el comercio electrónico, las cargas fiscales, banca electrónica, entre otros.<sup>42</sup>

**3) Desarrollo:** “La tecnología no es nunca neutra. La historia de la sociedad humana ofrece múltiples ejemplos sobre la manera en que la tecnología otorgó poderes a ciertos individuos, grupos o naciones y excluyó a otros. Internet no presenta diferencia alguna en este sentido. (...)”

Por ello, se requiere analizar la relevancia del desarrollo dentro del contexto de la Gobernanza de Internet. Casi cualquier asunto relacionado con la Gobernanza de Internet presenta un aspecto de desarrollo<sup>43</sup>. En este tema podemos encontrar aspectos relacionados a la existencia de infraestructura, la brecha digital, el acceso universal a Internet, entre otros.

**4) Sociocultural:** En la medida que Internet no es solo infraestructura y tecnología, sino que implica también un cambio cultural muy profundo en el que sociedades en todas partes del mundo se comunican e interactúan, se ha visto la necesidad de discutir aspectos socioculturales en Internet.<sup>44</sup>

**5) Legal:** Si bien es cierto que casi todos los aspectos relacionados a Internet tiene un impacto legal, a efectos del presente trabajo de investigación este

---

<sup>42</sup> Íbidem. pp. 111 y ss.

<sup>43</sup> Ídem. pp. 125 y ss.

<sup>44</sup> Ídem. pp. 137 y ss.

es el ámbito que más nos importa. Sobre este punto se suele discutir sobre los siguientes tópicos<sup>45</sup>:

- Mecanismos legales –o fuentes de derecho- (legislación, normas sociales, autorregulación, regulación mediante código -de *software*-, jurisprudencia, derecho internacional)
- Jurisdicción
- Arbitraje
- Propiedad intelectual (marcas, derechos de autor, patentes)
- Cibercrimen
- Firmas digitales
- Legislación laboral
- Privacidad y protección de datos

Además de ello, podemos añadir que existe un espacio en la gobernanza de Internet encargado de discutir temas de derechos humanos. Este eje de discusión es transversal a los temas antes descritos. Si hablamos de desarrollo, podemos traer a discusión temas tales como el acceso a Internet (y la discusión si debería ser considerado un derecho humano o no), brechas digitales, derecho a la educación, entre otros. Enfocados en temas socioculturales, temas de derechos humanos relacionados a multiculturalidad surgen en el debate. Finalmente, y es en donde es más evidente, si nos enfocamos en el eje legal, temas relacionados a derechos

---

<sup>45</sup> KURBALIJA, Jovan y GELBSTEIN, Eduardo. Op. Cit. pp. 75 y ss.

humanos emergen: privacidad, protección de datos personales, derechos de propiedad intelectual o acceso a la información son algunos tópicos que se pueden mencionar.

De lo expuesto hasta este punto podemos concluir que Internet, desde su origen, plantea la participación de múltiples sectores involucrados bajo una dinámica particular: el de la gobernanza. De acuerdo a ello es que se propició la aparición de los Foros de Gobernanza de Internet que permitan discutir políticas públicas en torno al presente y futuro de Internet.

Como podemos apreciar de este apartado, Internet ha tenido un desarrollo que parte, en un inicio, de los sectores científicos y académicos de la sociedad. No obstante, conforme este se fue volviendo comercial y comenzó a generar impacto en la sociedad, distintos actores como empresas privadas o representantes de la sociedad civil se vieron involucrados en su desarrollo. Esta múltiple participación de sectores fue recogida en los Foros de Gobernanza de Internet que, como espacio de Naciones Unidas, busca tomar decisiones en torno al presente y futuro de Internet. Por lo tanto, en la medida que Internet se concibió y fue evolucionando tomando en cuenta un modelo de participación descentralizado y no jerárquico, cualquiera ámbito de acercamiento legal (o constitucional) que se tenga sobre Internet no puede dejar de lado la participación de los múltiples sectores interesados.

En definitiva, las distintas temáticas que aborda la Gobernanza de Internet (desarrollo, económico, cultural, legal, etcétera) tienen un eje transversal: los

derechos humanos. Hoy en día es imposible no hablar de un aspecto de Internet y no hacer referencia a un derecho humano que esté relacionado. En la medida que ello tiene implicancia también en el reconocimiento de derechos a nivel estatal, tiene incidencia en los derechos fundamentales y, de la mano con ello, en el Derecho Constitucional. A continuación profundizaremos sobre dicho aspecto.

## **II. El Derecho Constitucional frente a los cambios tecnológicos**

Llegados a este punto cabe reflexionar sobre cómo ha afectado los cambios tecnológicos en general, y en especial, Internet, al ordenamiento jurídico. Sobre esto último, centraremos el análisis en lo fundamental y fundacional de este: el Derecho Constitucional. En este sentido, por razones del objetivo de la presente investigación, se realizará un análisis en particular en torno a cómo afecta a un ámbito especial del Derecho Constitucional: los derechos fundamentales. De acuerdo a ello, podremos dilucidar si las TIC implican una reconfiguración de los derechos fundamentales o una necesaria apertura del catálogo de estos.

Esto es importante pues, tal como nos lo recuerda GARCÍA-PELAYO, puede suceder que “nuevas normas y entidades pasan a constituirse en momentos integrantes de la estructura jurídico-constitucional. La constitución tiene una característica esencial de ser una de las vías por donde la realidad político-social se convierte en estatal y jurídica”<sup>46</sup>. Así, “una serie de grupos y entidades políticas

---

<sup>46</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. Op. Cit., p. 2308.

se convierten en entidades constitucionales, y algunas de sus normas, en normas constitucionales”<sup>47</sup>.

Esto cobra una mayor importancia si, tal como lo plantea HESSE<sup>48</sup>, la única cuestión que cabe plantearse al momento de exponer los rasgos básicos del Derecho Constitucional vigente es la relativa a la Constitución *actual, individual y concreta*. Así, si tenemos como objetivo realizar un estudio de la Constitución hoy en día, resulta indispensable el tener en cuenta la problemática actual de las TIC y el impacto que estas generan en nuestro sistema constitucional.

### **1. Las TIC y su impacto en el ordenamiento jurídico**

Las TIC tienen un gran impacto en la forma de pensar de las personas y, por ello, en las relaciones sociales, lo cual termina generando también un impacto en el Derecho<sup>49</sup>. En efecto, y como tuvimos ya oportunidad de expresar previamente, “[l]a celebración de contratos, la prestación de servicios, el cumplimiento de obligaciones, la relación entre ciudadano y Administración y el ejercicio de derechos son algunos de los aspectos de nuestra vida que se vieron modificados con el advenimiento de las tecnologías de la información y comunicación y, en especial, Internet”<sup>50</sup>.

Este fenómeno que parece, en principio, complejo, plantea retos a los distintos ordenamientos jurídicos contemporáneos en torno a cómo enfrentarlos. Uno de los

---

<sup>47</sup> *Íbidem*.

<sup>48</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 4.

<sup>49</sup> SIMONCINI, Andrea. “The Constitutional Dimensions of the Internet: Some Research Paths. *EUI Department of Law Research Paper*, No. 16, 2016, p. 1.

<sup>50</sup> VILLENA, Dilmar. “La trascendencia constitucional de la neutralidad de la red. *THĒMIS-Revista de Derecho*, No. 70, 2016, p. 224.

tópicos más comunes y de los primeros acercamientos que se dio a este fenómeno desde el Derecho giraba en torno a su potencial nocividad para los derechos y libertades de las personas. No obstante, es importante destacar que el ciberespacio no abrió necesariamente una puerta para la realización de nuevas conductas lesivas de derechos; por el contrario, creemos que este reproduce todos los males –y bienes- del mundo que conocemos logrando, sin embargo, su potenciación y precisión<sup>51</sup>.

Internet afecta profundamente a las sociedades y, junto con ella, a sus valores y principios también. En efecto, en la medida que libertad, autonomía, democracia y mercados son un grupo de ideas, valores y esperanzas que son constitutivos de las sociedades occidentales, estos están presentes necesariamente en las discusiones en torno al ciberespacio<sup>52</sup>. En este sentido, coincidimos con PEREZ LUÑO cuando sostiene que “[u]no de los desafíos más importantes de la época en que vivimos consiste en establecer una ecuación exacta, correspondiente a los apremios del tiempo, en las relaciones entre los avances tecnológicos y la tutela de las libertades”<sup>53</sup>.

Si buscar el mencionado equilibrio entre avances tecnológicos y principios no fuese suficiente, también se presenta el problema de la extraterritorialidad de Internet y su carácter transfronterizo. Internet es, hoy en día, y de acuerdo a cómo fue originalmente concebido, una red que interconecta computadoras de manera global.

---

<sup>51</sup> AMORETTI, Franceso. Op. Cit., p. 3.

<sup>52</sup> Ídem. Op. Cit. p. 9.

<sup>53</sup> PEREZ, Antonio. “Internet y los derechos humanos”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 12, 2011, p. 288.

<<http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/38107>>

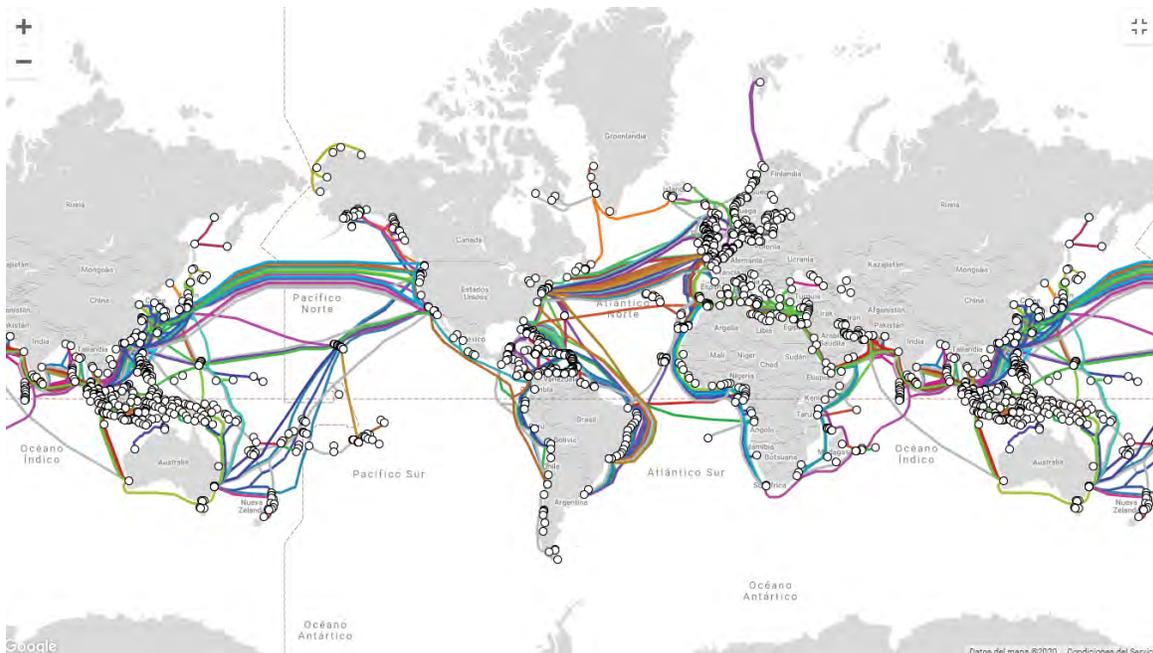
Esta situación, en base a la ausencia de consensos internacionales previamente descrita, genera una supuesta paradoja: Internet se presenta como un fenómeno de eficacia global e ilimitada con potencialidad de incidir en bienes y derechos, mientras que, de otro lado la capacidad de respuesta jurídica se halla fraccionada por fronteras nacionales<sup>54</sup>.

No obstante, consideramos que la enunciada paradoja no es tal. Internet no es una entidad gaseosa omnipresente; todo lo contrario, basa su existencia en una red mundial de infraestructura. Esta es, básicamente: cables submarinos intercontinentales, fibra óptica continental y satélites<sup>55</sup>. Respecto de los primeros, tal como su nombre lo indica, y como es posible observar de la siguiente imagen, estos son aquella infraestructura que hace posible la conexión y transmisión de datos de manera intercontinental. En definitiva, es la que hace posible la interconexión mundial de computadores.

---

<sup>54</sup> Ídem. Op. Cit., p. 295.

<sup>55</sup> ZUKERFELD, Mariano. “De niveles, regulaciones capitalistas y cables submarinos: Una introducción a la arquitectura política de Internet”. *Virtualis No. 1, Enero – Junio, 2010*, p. 7.



Fuente: <https://www.submarinecablemap.com/> (consulta 12-04-2020)

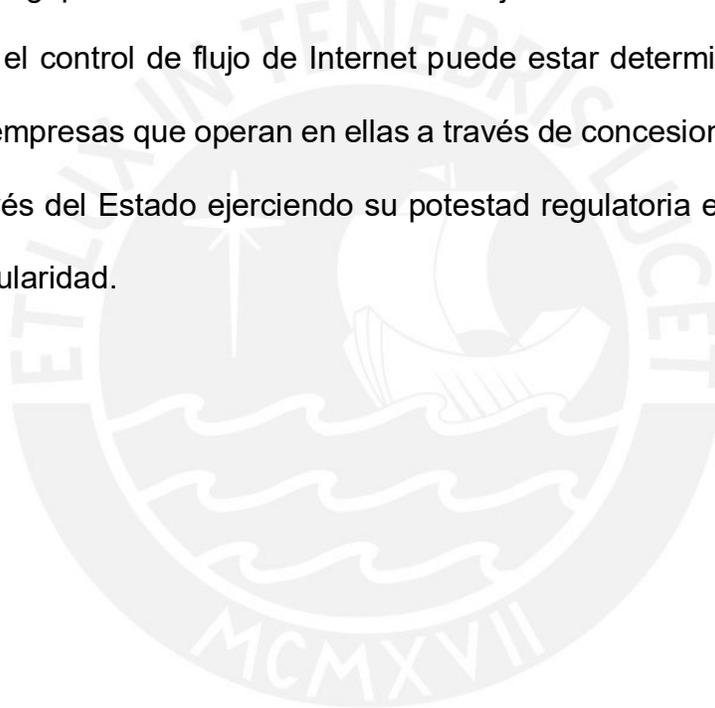
A nuestro país ingresan los siguientes cables submarinos: 1) South America-1 (SAM-1) –por Máncora-; 2) International Gateway (IGW) –por Lima-; 3) America Movielxius West Coast Cable, Pan American (PAN-AM), South American-1 (SAM-1), South American Crossing (SAC) –todos por Lurín-; y, 4) International Gateay (IGW) –por Ilo-. Ahora bien, dichos cables se conectan a través de nodos con infraestructura de telecomunicaciones en nuestro país que permite el flujo de datos a través de esta. Esta es conocida como la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica y, de manera muy resumida, es la que hace viable la conexión a Internet en nuestro país.

Internet, por tanto, tiene una manifestación física dentro del territorio de los Estados. Así, al necesitar infraestructura para su funcionamiento, y siendo esta infraestructura, dentro del territorio peruano, de titularidad pública<sup>56</sup>, otorgada en

<sup>56</sup> SAN ROMÁN, Edwin. Loc. Cit., p. 159.

concesión a privados para su gestión, el Estado goza de potestades para poder regular Internet a nivel de infraestructura.

En este sentido, la afirmación de Internet como un ámbito fuera de control de los Estados se puede observar, de esta manera, matizada. Esto, al menos a nivel de infraestructura de Internet: “los tendidos submarinos de fibra óptica, los backbones continentales –fibra óptica continental- y los satélites pertenecen a unas pocas empresas que oligopolizan la circulación de los flujos de información digital”<sup>57</sup>. De acuerdo a ello, el control de flujo de Internet puede estar determinado de manera directa por las empresas que operan en ellas a través de concesiones o, de manera indirecta, a través del Estado ejerciendo su potestad regulatoria en infraestructura que es de su titularidad.



---

<sup>57</sup> ZUKERFIELD, Mariano. Loc. Cit., p. 13.

Es importante tener en cuenta los niveles y subniveles de la arquitectura de Internet<sup>58</sup>:

Niveles	Sub-niveles
e. Red Social	16) Comunidades 15) Usuarios, Moderadores.
d. Contenidos	14) Imágenes, Audios, Textos.
c. Software	13) Software de cada página web 12) Buscadores 11) Navegadores 10) World Wide Web (www) 9) E-mail 8) TCP/IP 7) Software de los niveles de infraestructura y hardware
b. Hardware	6) PC's, teléfonos móviles, netbooks, etc. 5) Modems/ Routers 4) Servidores de los ISP/ Servidores de las distintas empresas basadas en la Web
a. Infraestructura	3) Tendidos de fibra óptica continentales-Backbones 2) Satélites 1) Cables submarinos

En este sentido, si podríamos hablar de la existencia de algún ámbito “horizontal”, “exento de control” y con multiplicidad de actores involucrado en Internet, este podría encontrarse en los niveles c, d y e<sup>59</sup>. En efecto, en estos ámbitos se cuenta con un mayor margen de libertad y menor control. No obstante, cabe tener en cuenta que estos se sujetan a la infraestructura física de Internet por lo que, de alguna manera, no están del todo exentos de ámbitos de control y regulación por parte del Estado.

<sup>58</sup> Ídem., p. 7.

<sup>59</sup> Ídem., p. 13.

En definitiva, no creemos que Internet haya sobrepasado totalmente al Estado y, por tanto, haya hecho obsoleto el ordenamiento jurídico y sus instituciones. “No se trata de que el advenimiento del mundo digital provoque la obsolescencia de los conceptos y teorías jurídicas tradicionales, sino más bien que algunas características totalmente nuevas impiden tanto la aplicación de los instrumentos jurídicos tradicionales como su adaptación al nuevo medio y, por tanto, exigen una respuesta nueva por parte del Derecho”<sup>60</sup>.

No obstante ello, no hay que perder de vista que los cambios sí son significativos y que estos implican la necesidad de reevaluar las ramas del Derecho y sus respectivas categorías. Incluso, podríamos afirmar que el cambio es tan profundo que no solo pone a prueba conceptos y nociones tradicionales, sino aspectos estructurales del Derecho también<sup>61</sup>, como veremos más adelante.

Sin embargo, arribar a la conclusión de que el Derecho no puede ser indiferente a los cambios producidos por Internet requiere el responder previamente la pregunta de cómo debe reaccionar e, incluso previamente, si es que debe reaccionar ante ello. En definitiva, estamos ante la problemática de si el Estado debe tener o no algún nivel de injerencia en Internet, problemática que expondremos brevemente a continuación.

---

<sup>60</sup> FERNÁNDEZ, Luisa. *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Madrid: McGRAW-HILL/Interamericana de España, 1998, p. XXV

<sup>61</sup> Ídem., p. XXVI.

## 2. ¿Regular o no regular Internet?

Para responder sobre Internet y su nivel de incidencia en el Derecho Constitucional (y en los derechos humanos –o fundamentales-) es necesario responder una primera pregunta: sobre si cabe regular Internet<sup>62</sup>.

Como se pudo observar, en sus orígenes, y de acuerdo a su diseño original, Internet fue visto como un ámbito exento de control en el que personas podían conectarse entre sí interconectando sus ordenadores. En la medida que ese fenómeno fue haciéndose global, surgía la idea que Internet estaba exento de cualquier poder estatal y que ningún Estado podía reclamar soberanía sobre el mismo. Así, en sus orígenes, libre del poder político, Internet fue visto como transparente y ubicuo<sup>63</sup>. Esta visión de Internet exento totalmente de injerencias tiene un zénit en 1996, año en el que John Perry Barlow proclama la declaración de independencia del ciberespacio, declaración según la cual este ámbito se constituía en uno en el que los gobiernos no pueden reclamar ninguna soberanía. Es, pues, un comienzo nuevo<sup>64</sup>.

AMORETTI<sup>65</sup> sostiene que el entusiasmo de los ciberlibertarios se dio porque el ciberespacio reactivó la idea colonialista religiosa de fundar una utópica ciudad en una montaña. El ciberespacio reactivó el ideal de los colonos que llegaban a los territorios de Norteamérica de lo que es hoy en día Estado Unidos: la expectativa de huir del poder absoluto –monarquía- y lograr crear una sociedad libre en tierras

---

<sup>62</sup> CORTÉS, Carlos. Op. Cit., p. 7.

<sup>63</sup> AMORETTI, Francesco. Op. Cit., p. 4.

<sup>64</sup> *Íbidem*.

<sup>65</sup> AMORETTI, Francesco. Op. Cit., p. 8.

nuevas. Si el pasar de los años y el devenir histórico hizo imposible ese ideal libertario, el ciberespacio se mostraba como el medio (ya no físico, sino digital) a través del cual uno se podría desenvolver con la mayor libertad posible, exento de las limitaciones y controles que podría ejercer un Estado sobre su territorio. El ciberespacio, pues, se concebía como un lugar apartado del espacio físico donde el Estado ejerce su soberanía, un lugar donde no cabía regulación alguna.

No obstante, con la expansión de Internet también surgieron intereses (económicos y políticos) que deseaban tener algún nivel de injerencia en este. En especial, preocupaciones referidas a la seguridad nacional en estos ámbitos (no olvidemos que Internet nace de una agencia con fines militares) son una expresión de intenciones de generar algún nivel de control en la arquitectura del ciberespacio<sup>66</sup>. En este sentido, la creciente presencia de “actores empresariales y del Estado sacó a relucir que, efectivamente, el ciberespacio no era una realidad desconectada del ‘mundo real’, sino que es, en gran medida, la plasmación de relaciones humanas preexistentes a través de Internet”<sup>67</sup>.

De acuerdo a ello, las posiciones ciberlibertarias fueron cediendo paso a ideas que giraban en torno a que si bien cabe hablar de un cierto nivel de regulación en Internet, la única fuente de Derecho legítima para realizarla es la autorregulación<sup>68</sup>. Internet, en efecto, salta fronteras, por lo que el Estado, que centra su existencia en dichas fronteras –territorios- se muestra incapaz para regular Internet<sup>69</sup>. Se

---

<sup>66</sup> Ídem., p. 11.

<sup>67</sup> VILLENA, Dilmar. Loc. Cit.

<sup>68</sup> CORTÉS, Carlos. Op. Cit., p. 26.

<sup>69</sup> Íbidem.

promulga, entonces, que si existe algún nivel de regulación, este debe realizarse a partir de los actores privados que son parte de este ecosistema: los Estados son ineficaces para regular algo que va más allá del ámbito donde pueden ejercer su soberanía.

De otro lado, existieron también quienes sostenían que el auténtico elemento normativo de Internet era el conjunto de protocolos y normas de programación que componen la red; es decir, el código informático que hace viable la comunicación entre ordenadores y, por lo tanto, el verdadero derecho de Internet<sup>70</sup>. De esta manera, sostiene RODOTÀ<sup>71</sup>, parecía que las tecnologías del mundo virtual habrían dado lugar a que se reemplace la ley por la regla técnica<sup>72</sup>.

A pesar de todo lo enunciado previamente, hoy en día, en la segunda década del siglo XXI, la realidad nos muestra que el ciberentusiasmo de fines del siglo pasado quedó en el recuerdo. Tanto las afirmaciones en torno a que Internet no puede ser regulado (y que el Estado es irrelevante) o la declaración de independencia del ciberespacio son cosa del pasado<sup>73</sup>. En efecto, la idea de Internet inmune al control

---

<sup>70</sup> *Íbid.*

<sup>71</sup> RODOTÀ, Stefano. "Derecho, ciencia, tecnología. Modelos y decisiones de regulación". *Derecho PUCP*, No. 57, 2004, pp. 109-110.

<sup>72</sup> RODOTÀ planteaba, de esta manera, que una vía de adecuación del Derecho a las innovaciones científicas era, además de organizarse en torno a valores y principios, el utilizar las vías de las *sunset rules* o el *soft law*. Las primeras, normas con "fecha" de vencimiento que implican un deber del legislador para adecuarlas o reconsiderarlas; y, las segundas, normas que permiten una regulación experimental y flexible. Estas últimas, además, serían normas que permitirían la participación de los sujetos interesados en su producción (recordemos que este es el método adoptado por los foros de Gobernanza de Internet para abordar las problemáticas del ciberespacio). RODOTÀ, Stefano. *Íbidem.*

<sup>73</sup> CORTÉS, Carlos. *Loc. Cit.*

ha declinado y la discusión ya no es en torno a libertad y control, sino entre más o menos control y, sobre todo, qué modelos de control<sup>74</sup>.

Así las cosas, podemos observar (y es comprobable actualmente) que es aceptada la idea que el Estado entre a regular situaciones en el ciberespacio. El ordenamiento jurídico no es ya ajeno a la problemática de Internet y regula situaciones, hechos, o relaciones que son de interés, ya sea para el Estado o para los ciudadanos dentro de este. Así, la normativa en torno al comercio electrónico, los procedimientos administrativos electrónicos, los delitos informáticos, la prueba electrónica, la firma electrónica, la identidad digital o el trabajo remoto son respuestas que distintas ramas del Derecho han ido dando a esta problemática.

El Derecho Constitucional no es ajeno a ello –y no debería serlo- y, en la medida que se han ido identificando ciertos intereses jurídicos que revisten un carácter esencial o de gran importancia para el normal desarrollo de las sociedades democráticas, se ha ido desarrollando en doctrina acercamientos al fenómeno informático desde esta rama. De acuerdo a ello, pasemos a exponer cómo ha ido respondiendo el Derecho Constitucional ante los retos que las TIC pone en nuestra sociedad.

### **3. La Constitución ante los cambios tecnológicos**

La globalización y las transformaciones sociales, económicas y científicas, y culturales afectan a la Constitución en la medida que, tal como lo indica DÍAZ REVORIO<sup>75</sup>, en tanto esta es norma suprema del Estado, compartirá con éste el

---

<sup>74</sup> AMORETTI, Francesco. Op. Cit., p. 11.

<sup>75</sup> DÍAZ, Francisco. *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 18.

evidente problema de superación del marco original al cual estaba destinada. Si las transformaciones aceleradas de hoy en día afectan a todas las ramas del Derecho para otorgar la previsibilidad necesaria a las problemáticas actuales en constante cambio, más afecta aún al Derecho Constitucional debido a su superior pretensión de permanencia y estabilidad<sup>76</sup>.

De acuerdo a ello, bien podría decirse que el Estado moderno se vio superado como modelo organizativo y es ya un marco insuficiente para hacer frente a los fenómenos de ámbito mundial en los que estamos inmersos<sup>77</sup>. En este sentido, en la medida que la Constitución sirve de parámetro de validez formal y material para todo el ordenamiento jurídico y determina la estructura del Estado, la crisis del Estado también es crisis para la Constitución normativa<sup>78</sup>. Por ejemplo, ante la limitación del Estado o incapacidad de acción de este ante los fenómenos de globalización, una vía para buscar solución a dichos problemas fue la de recurrir a espacios supraestatales<sup>79</sup>. Así, puede observarse que la discusión en torno a temas como, por ejemplo, la protección de los derechos fundamentales en Internet es sustraída de los espacios estatales hacia ámbitos internacionales donde el lenguaje predominante de discusión es el de los derechos humanos.

La mencionada percepción se ve reforzada si tomamos en cuenta que gran parte de los textos constitucionales actuales ignoran casi por completo los trascendentes

---

<sup>76</sup> SÁNCHEZ, Juan. "El Derecho Constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional". *Estudios de Deusto*, Vol. 64/2, Julio-Diciembre 2016, p. 233.

<sup>77</sup> DÍAZ, Francisco. "La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hijo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación". *Pensamiento Constitucional*, Año XIII, No. 13, 2008, p. 209.

<sup>78</sup> SÁNCHEZ, Juan. Op. Cit., p. 232.

<sup>79</sup> *Íbidem*.

retos y objetivos que plantean las TIC y que, además, no establecen, salvo excepciones, valores, principios o derechos específicos que permitan ofrecer una respuesta a estas circunstancias<sup>80</sup>. Aún más, si tomamos en cuenta que nociones tradicionales del Derecho Constitucional, como la de soberanía, se vieron inconsistentes ante retos de la globalización actual como el de las relaciones con empresas transnacionales<sup>81</sup>, estamos tentados a afirmar que el Derecho Constitucional no ofreció los mecanismos y resulta insuficiente hoy en día para resolver las problemáticas que las TIC insertan en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, cabe dilucidar si el constitucionalismo actual puede seguir haciendo frente a estas circunstancias con los instrumentos de siempre<sup>82</sup> o si, por el contrario, es necesario adaptar estos instrumentos para lograr brindar una respuesta a ellas. Sin embargo, y pese al “pesimismo” descrito párrafos atrás, compartimos la idea con DÍAZ REVORIO<sup>83</sup> que la Constitución, o, al menos los valores consagrados en ella –del constitucionalismo occidental-, siguen teniendo validez y pueden servir como el instrumento a través del cual el Derecho Constitucional puede hacer frente a la situación actual de avances tecnológicos. En efecto, creemos que los valores constitucionales, o valores del constitucionalismo de hoy, tienen plena vigencia a pesar de los cambios introducidos por las TIC (incluso estando estos abiertos a una mayor desarrollo o adaptaciones)<sup>84</sup>. Más aún, compartimos con RODOTÀ<sup>85</sup> la

---

<sup>80</sup> DÍAZ, Francisco. “La Constitución...” Loc. Cit.

<sup>81</sup> PADOVANI, Claudia y SANTANIELLO, Mauro. “Digital constitutionalism: Fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system”. *The International Communication Gazette*, Vol. 80 (4), 2018, pp. 295-296.

<sup>82</sup> DÍAZ, Francisco. *Los Derechos Humanos...* Op. Cit. p. 16.

<sup>83</sup> DÍAZ, Francisco. “La Constitución...” Loc. Cit.

<sup>84</sup> DÍAZ, Francisco. *Los Derechos Humanos...* Op. Cit. p. 30.

<sup>85</sup> RODOTÀ, Stefano. Op. Cit., p. 108.

afirmación que la técnica electrónica ha ido identificando progresivamente un conjunto de valores, principios y derechos (como el derecho a la protección de datos personales) que se añaden a los ya conocidos, lográndose así ampliar el catálogo de los ya preexistentes en las constituciones.

En este sentido, si bien las constituciones no brindan los instrumentos específicos para hacer frente a los cambios tecnológicos, creemos que nos podemos valer de categorías preexistentes del Derecho Constitucional (como la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, reseñado previamente) para hacerles frente. Aún más, creemos que a partir de los principios consagrados en la Constitución se puede generar las respuestas adecuadas. Así, podemos valernos de técnicas interpretativas para que, desde el Derecho Constitucional, se brinde respuesta a esta situación de incertidumbre.

De la misma manera, también hay que tomar en cuenta que las TIC son una etapa más de la revolución industrial –y tecnológica- iniciada en los siglos pasados y que el Derecho Constitucional ha ido adaptándose a estas distintas realidades<sup>86</sup>. Así, ha ido cambiando, por ejemplo, los distintos modos de comunicación personal y los mecanismos de protección de esta: de la comunicación postal, a la comunicación vía telégrafo, vía telefónica y vía correo electrónico<sup>87</sup>. De esta forma, podemos prever que el derecho constitucional irá acomodándose a la realidad cambiante y, si no existen actualmente las herramientas específicas para hacerle frente, es

---

<sup>86</sup> SÁNCHEZ, Juan. Op. Cit., p. 239.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

objetivo de la presente investigación brindarlas o, al menos, generar un esbozo introductorio a ellas.

No obstante, es menester llamar la atención sobre la labor que los tribunales han ido desempeñando en la resolución de controversias derivadas de la inmersión de las TIC en nuestra sociedad. En efecto, la condición conflictiva y enormemente compleja del Derecho Constitucional ha generado un mayor protagonismo de los tribunales frente a otros poderes<sup>88</sup>. En muchos casos, las cortes y, en especial, las constitucionales, están llamadas a resolver sobre conflictos de derechos y muchas veces tienen que decidir sobre temas que no estaban previstos cuando la Constitución fue elaborada<sup>89</sup>.

Un ejemplo de ello es el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, tribunal que ha sabido responder a las problemáticas referidas a las TIC que le fueron presentadas<sup>90</sup> (por ejemplo, lo referido al derecho a la autodeterminación informativa). Así, en muchos casos, ha optado por resolver interpretando de manera extensiva las previsiones constitucionales y de forma dinámica el establecimiento de derechos. El Tribunal, en todos los casos que pudo conocer relacionados a Internet, ha podido resolver aplicando principios constitucionales<sup>91</sup>.

---

<sup>88</sup> SÁNCHEZ, Juan. Op. Cit., p. 232.

<sup>89</sup> BERNER, Katharina. "Constitutions Going Online – Internet-Related Dynamics in Constitutional Law?". *HIIG Discussion Paper Series No. 2012-09*, 2011, p. 27.

<sup>90</sup> Al respecto revisar BERNER, Katharina. Loc. Cit.

<sup>91</sup> BERNER, Katharina. Loc. Cit. La citada autora sostiene que el Tribunal ha sido retado solo moderadamente por Internet en la medida que ha podido responder interpretando principios constitucionales. De esta manera, no enfrentó situaciones en las que, aun interpretando extensivamente la Norma Fundamental, no haya dado con ninguna que sea compatible con los fines y objetivos generales de esta.

Por otro lado, desde la sociedad civil, también ha sido paradójica la actuación que se requiere al Estado respecto a Internet. Por un lado, se le requiere un rol pasivo en el entorno digital (abstención en actos que impliquen afectaciones a los derechos de libertad de expresión o privacidad, por ejemplo); y, de otro lado, se espera de él una intervención más activa en miras a preservar los derechos fundamentales y una supervisión estricta sobre las empresas más poderosas<sup>92</sup>. Entender el papel del Estado (y del Derecho Constitucional) en Internet implica el tener una visión heterogénea y aceptar dicha dicotomía: es posible exigirle distintos roles al Estado en el entorno digital<sup>93</sup> y el Derecho Constitucional, en ese sentido, también debe servir para tutelar los derechos e intereses de todos los actores en el entorno digital (usuarios, empresas, Estado). En efecto, mantener transacciones seguras no implica acabar con la privacidad o asegurar que las plataformas (Facebook, por ejemplo) respeten los derechos fundamentales tampoco implica estatizar la red<sup>94</sup>.

En definitiva, es posible afirmar que Internet tiene una doble interacción con el Derecho Constitucional. Por un lado, es una nueva y poderosa herramienta para lograr los fines del Derecho Constitucional (un nuevo medio para definir, controlar y regular el poder); y, de otro lado, es un nuevo objeto del Derecho Constitucional (trae consigo nuevos poderes –o nuevas formas de ejercerlo- a definir, controlar y regular)<sup>95</sup>. Así, mientras que Internet puede facilitar el ejercicio de derechos para potenciar mecanismos de rendición de cuentas a través de procedimientos electrónicos, de la misma manera genera también cierta incertidumbre sobre qué

---

<sup>92</sup> CORTÉS, Carlos. Op. Cit., pp. 32-33.

<sup>93</sup> *Íbidem*.

<sup>94</sup> *Íbid*.

<sup>95</sup> SIMONCINI, Andrea. Op. Cit., p. 4.

acciones tomar ante actores poderosos en la red que, no obstante, no se encuentran dentro del territorio del Estado (situaciones de plataformas como Google).

En definitiva, Internet, en tanto requiere una manifestación física para su existencia (infraestructura de comunicaciones), no está exento del poder regulador del Estado. Hoy en día, superadas las discusiones ciberlitertarias o autorregulativas de Internet, la problemática gira en torno a cómo y cuánto debe intervenir el Estado en Internet. Desde el Derecho Constitucional podemos observar cómo es que ante una aparente problemática de desborde e inoperancia de este frente a las TIC, no dejan de tener vigencia los principios constitucionales del constitucionalismo occidental contemporáneo, el cual puede brindar los parámetros de respuesta ante ello. En este sentido, son los tribunales y cortes (en especial, las constitucionales) quienes han sido llamados a resolver los problemas que nacieron de la casuística y lo hicieron interpretando extensivamente la Constitución. De la misma manera, también es necesario entender que el Derecho Constitucional debe brindar distintas respuestas, al orientar el actuar del Estado, exigiéndole distintos roles de acuerdo al caso concreto a resolver. Finalmente, cabe recalcar que Internet plantea un doble reto al Derecho Constitucional: genera herramientas para controlar el poder pero también genera incertidumbre en torno a cómo controlar nuevas formas de ejercicio del poder.

No obstante, justo es afirmar que ya se ha venido teorizando al respecto y se ha ido generando esquemas para proponer respuestas ante las problemáticas expuestas anteriormente desde el Derecho Constitucional. En este sentido, en los últimos años

se ha ido cultivando una corriente del constitucionalismo llamada constitucionalismo digital, la cual trata de abordar y dar respuesta a las situaciones problemáticas de Internet y la Constitución. Pasaremos a explicar este concepto a continuación.

#### **4. El llamado “constitucionalismo digital” y/o “constitucionalismo electrónico”<sup>96</sup>**

Las propuestas teóricas en torno a cómo el Derecho Constitucional debe abordar la problemática de las TIC se pueden resumir en cuatro corrientes: (i) el constitucionalismo digital como construcción supraestatal y extrajurídica; (ii) el constitucionalismo digital como medio de articulación del poder privado en espacios virtuales; (iii) el constitucionalismo digital como instrumentos tendiente a establecer una declaración de derechos de Internet; y, (iv) el constitucionalismo digital como ideología. De acuerdo a ello, pasemos a explicar cada una de estas posiciones.

##### **4.1. Constitucionalismo digital como construcción supraestatal y extrajurídica**

Esta posición surge de la idea de sociología constitucional de Gunther Teubner según la cual es posible identificar la aparición de fenómenos constitucionales más allá del dominio del Estado y la política<sup>97</sup>. El mencionado autor sostiene que un enfoque de Derecho Constitucional clásico centrado en el Estado no permite un

---

<sup>96</sup> Los trabajos que han pretendido abordar la problemática de las TIC y el Derecho Constitucional han calificado a este fenómeno como “constitucionalismo digital” o “constitucionalismo electrónico”. En tanto ambos conceptos buscan abordar las problemáticas y respuestas del Derecho Constitucional frente al espacio digital e Internet, en el presente trabajo se opta por utilizar el término constitucionalismo digital.

<sup>97</sup> CHERNILO, Daniel. “Concepciones en la sociología constitucional contemporánea”. *Economía y Política*, 1 (2), 2014, p. 103.  
<<https://dspace.lboro.ac.uk/dspace-jspui/bitstream/2134/16455/1/2014%2C%20Chernilo%20SCC.pdf>>

enfoque constitucional en la formación de conceptos constitucionales supraestatales<sup>98</sup>.

Así, se sostiene que es necesario cambiar de enfoque pues se han ido creando constituciones o regímenes constitucionalizados transnacionales: el caso de organizaciones internacionales o instituciones técnicas internacionales, por ejemplo. Estas, si bien pueden estar fragmentadas, son parte de un orden mundial constitucional<sup>99</sup>. De acuerdo a ello, se sostiene que el Derecho Constitucional se debe enfocar en desarrollar reglas limitativas a los regímenes transnacionales<sup>100</sup>. En definitiva, estima que el constitucionalismo se enfoca más allá del Estado-nación y, por el contrario, se presenta como un proceso evolutivo en dos direcciones: como un proceso político transnacional referido a las relaciones internacionales; y, también, fuera de las relaciones internacionales, como un proceso que se desarrolla en el sector privado de la sociedad globalizada<sup>101</sup>.

Estos presupuestos de la sociología constitucional son insertados en la problemática de las TIC y en la sociedad actual. En la medida que este fenómeno traspasa las fronteras del Estado, también se debe utilizar un enfoque que conciba al Derecho Constitucional como un fenómeno supraestatal. En este sentido, se conciben como preceptos constitucionales digitales todos aquellos que están dispersos en el orden global y que van formando un orden constitucional

---

<sup>98</sup> TEUBNER, Gunther. "The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism". *Transnational Legal Theory* 4, 2014, p. 52.

<[https://www.jura.uni-frankfurt.de/50414808/VerfassungssoziologieENG-TLT\\_1\\_.pdf](https://www.jura.uni-frankfurt.de/50414808/VerfassungssoziologieENG-TLT_1_.pdf)>

<sup>99</sup> Ídem., p. 48.

<sup>100</sup> Ídem., p. 57.

<sup>101</sup> Ídem., p. 45.

internacional. Así, el constitucionalismo digital es aquel que implica el concebir como fenómenos constitucionales todos aquellos actos, más allá de las fronteras del Estado, tendientes a delimitar el ejercicio del poder en instancias transnacionales. Utilizan este método de análisis del constitucionalismo digital autores como GRABER<sup>102</sup>; SANTANIELLO, PALLADINO, CATONE Y DIANA<sup>103</sup>.

No compartimos este punto de vista porque, tal como se puede desprender de lo expuesto a lo largo de presente capítulo, no consideramos que el Estado haya sido sobrepasado absolutamente y se muestre inepto ante los cambios generados por las TIC. En efecto, el Derecho Constitucional, enfocado desde la perspectiva de parámetro validez formal y material de un determinado ordenamiento jurídico, resulta útil y puede brindar las herramientas para hacerle frente a estas problemáticas. Así, al menos dentro del territorio de un determinado Estado, el orden constitucional tal como lo conocemos, a través de sus mecanismos de garantía de la Constitución, puede encuadrar y regular dichos fenómenos en un marco jurídico determinado. Por ello, no consideramos que sea necesario recurrir a construcciones constitucionales extra y supraestatales<sup>104</sup> para hacer frente a dicho fenómeno.

---

<sup>102</sup> Ver GRABER, Christoph. Loc. Cit.; y GRABER, Christoph. "Bottom-Up Constitutionalism: The Case of Net Neutrality". *I-call Working Paper No. 01*, Zurich: Universidad de Zurich, 2017, p. 10.

<sup>103</sup> SANTANIELLO, Mauro; PALLADINO, Nicola; CATONE, Maria Carmela y DIANA, Paola. "The language of digital constitutionalism and the role of national parliaments". *The International Communication Gazette*, Vol. 80(4), 2018, pp. 320-336.

<sup>104</sup> Esto, sin negar que puedan ir dándose fenómenos de convencionalización o de integración internacional que tenga cierto carácter constituyente de un ordenamiento jurídico superior al Estado.

## 4.2. Constitucionalismo digital como medio de articulación del poder privado en espacios virtuales

SUZOR, por su lado, utiliza el concepto de constitucionalismo digital para configurar un concepto que busca articular límites al poder privado, donde las comunidades virtuales son especial objeto de atención de dicha búsqueda<sup>105</sup>. MANN, DALY y WILSON, añaden, además, que el constitucionalismo digital, a diferencia de otras concepciones, no solo se limita al ejercicio del poder por parte del Estado, sino que se puede ampliar a regular el ejercicio del poder de compañías privadas que manejan ciertos servicios en Internet, plataformas e infraestructura<sup>106107</sup>. Esta limitación del poder privado, desde el constitucionalismo digital, alentaría mejor la innovación a la vez que protege los intereses legítimos de los participantes en los espacios virtuales<sup>108</sup>.

SUZOR además sostiene que la finalidad del constitucionalismo digital es repensar el ejercicio del poder, el cual debe ser limitado (y legitimado) en la era digital<sup>109</sup>. No obstante, la limitación al poder digital en comunidades virtuales parte de las relaciones contractuales celebradas en estas (entre usuarios y empresas, por

---

<sup>105</sup> CELESTE, Edoardo. "Digital constitutionalism: a new systematic theorization". *International Review of Law, Computer & Technology*, 2019, p. 8.

<sup>106</sup> MANN, Monique; DALY, Angela; WILSON, Michael; SUZOR, Nicolas. "The Limits of (Digital) Constitutionalism: Exploring the Privacy-Security (Im)Balance in Australia". *International Communication Gazette (por publicarse)*, 2018, p. 2.  
<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3021580](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3021580)>

<sup>107</sup> Recordemos la gran complejidad que existe en torno a hacer efectivos los derechos fundamentales ante los privados en ciertos modelos constitucionales europeos y anglosajones. En este sentido, de acuerdo a lo expuesto previamente, la problemática no ocurriría en nuestro orden constitucional debido a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

<sup>108</sup> YILMA, Kinfe. Op. Cit., p. 2. Citando a SUZOR, Nicolas. *Digital Constitutionalism and the Role of Rule of Law in the Governance of Virtual Communities*, Tesis para optar por el grado de PhD, Queensland University of Technology, 2010, p. 13. Así, si bien SUZOR utiliza previamente el término constitucionalismo digital, lo usa para entenderlo como limitación de poder privado en contraposición a la del poder público.

<sup>109</sup> SUZOR, Nicolas. Op. Cit., p. 6.

ejemplo), por lo que los principios constitucionales serían las normas contractuales que se establecen en este<sup>110</sup>.

A pesar de ello, SUZOR considera que el Derecho Constitucional sí juega un rol en la limitación del poder privado: (i) puede determinar en qué medida la regulación contractual de los privados va de acorde con los valores fundamentales de un determinado Estado; y (ii) puede guiar el desarrollo del derecho contractual<sup>111</sup>. En este sentido, propone cinco problemas nucleares del constitucionalismo digital que se deben discutir: consentimiento informado, transparencia, igualdad y predictibilidad, debido proceso y derechos humanos<sup>112</sup>.

Tampoco estamos de acuerdo con esta definición de constitucionalismo digital. En nuestro ámbito doctrinario y jurisprudencial nacional se ha llegado a un consenso respecto de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Así, el sustentar que ciertos derechos fundamentales (como igualdad o libertad de expresión) puedan ser ejercidos contra privados (por ejemplo, Facebook), es constitucionalmente viable por lo que exigir su respeto aplicando mecanismos de control constitucional también lo es. En este sentido, creer que deba existir una especie de Derecho Constitucional diferenciado para comunidades virtuales basado en sus normas contractuales es contraria a la idea que las normas contractuales deben estar sometidas a la Constitución. Esta última postura tiene amplio respaldo doctrinario y jurisprudencia en nuestro ámbito, por lo que las discusiones en torno a

---

<sup>110</sup> CELESTE, Edoardo. Loc. Cit.

<sup>111</sup> CELESTE, Edoardo. "Digital constitutionalism. Mapping the constitutional response to digital technology's challenges". *High Discussion Paper Series*, 2018-2, p. 9.

<sup>112</sup> Ídem., pp. 13-14.

constitucionalismo digital no deberían girar en torno a concebir a las normas contractuales como normas constitucionales, sino cómo las normas contractuales que regulan relaciones entre privados en espacios digitales son de acorde o no a un determinado marco constitucional.

#### **4.3. Constitucionalismo digital como instrumentos tendiente a establecer una declaración de derechos de Internet**

GILL, REDEKER y GASSER utilizan el término de constitucionalismo digital como uno que engloba y conecta a todos los documentos que tienen como objetivo establecer una declaración de derechos de Internet<sup>113</sup>. Así, los citados autores sostienen que se puede entender como constitucionalismo digital al conjunto de iniciativas tendientes a articular un grupo de derechos, normas de gobernanza y limitaciones del ejercicio del poder público en Internet<sup>114</sup>.

De acuerdo a ello, si tenemos en cuenta lo referente a derechos en Internet, se puede observar que los esfuerzos del constitucionalismo digital implican el extender los derechos fundamentales actuales hacia esferas digitales. De la misma manera, también existen esfuerzos orientados a articular nuevos derechos y libertades que parecen ser nativos al entorno digital, es decir, “nuevos derechos”. En definitiva, los esfuerzos del constitucionalismo digital pueden incluir iniciativas orientadas a reconocer nuevos derechos o, al menos, adaptar los actuales derechos existentes hacia nuevas tecnologías<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> CELESTE, Edoardo. “Digital constitutionalism: a new systematic...” Op. Cit., p. 10.

<sup>114</sup> GILL, Lex; REDEKER, Dennis y GASSER, Urs. “Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights”. *Berkman Center Research Publication*, No. 2015-15, p. 2. <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2687120](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120)>

<sup>115</sup> Ídem., p. 4.

PADOVANI, MUSIANI y PAVAN<sup>116</sup> resaltan el carácter político del concepto de constitucionalismo digital. En efecto, en la medida que dicho concepto emerge luego de los grandes cambios introducidos por Internet en nuestra sociedad, este se caracteriza por llevar preocupaciones y perspectivas políticas al ámbito de la gobernanza de Internet, ámbito que está muy sumergido en racionalidades técnicas y económicas. Internet ya estaba completado en torno a su arquitectura cuando surge la discusión en torno a constitucionalismo digital, por lo que este no está necesariamente orientado a proteger algún tipo ideal de arquitectura; por el contrario, tiene un carácter principalmente político más que técnico. De esta manera, sostienen que las iniciativas de constitucionalismo digital son constitucionales en la medida que son intervenciones políticas para el establecimiento de derechos, principios de gobernanza y limitación al poder<sup>117</sup>.

No obstante lo dicho anteriormente, es importante destacar que, más que constitucionalismo tal como lo conocemos, estaríamos más ante normas pre o protoconstitucionales<sup>118</sup> (visión que se diferencia con la de la sociología del constitucionalismo expuesto previamente). De acuerdo con esta definición, el constitucionalismo digital ha sido, hasta ahora, más que nada objetivos aspiracionales que derechos exigibles en sistemas legales nacionales<sup>119</sup>. En efecto, salvo excepciones en ciertas constituciones (como la de México) y algunos pronunciamientos de tribunales, poco se avanzó al respecto y las cuestiones en

---

<sup>116</sup> PADOVANI, Claudia; MUSIANI, Francesa y PAVAN, Elena. Op. Cit., pp. 2-3.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

<sup>118</sup> GILL, Lex; REDEKER, Dennis y GASSER, Urs. Op. Cit., p. 3.

<sup>119</sup> MANN, Monique; DALY, Angela; WILSON, Michael; SUZOR, Nicolas. Loc. Cit.

torno al reconocimiento de derechos y la limitación del poder en entornos digitales aún es un tema pendiente.

En efecto, esta es la deficiencia del planteamiento de constitucionalismo digital previamente enunciado: en la medida que está enmarcado en documentos que tienden a establecer declaraciones de derechos<sup>120</sup>, estaríamos más ante protoconstitucionalismo que ante constitucionalismo propiamente dicho. Además, no justifican el por qué enmarcan el constitucionalismo digital en solo el reconocimiento de derechos a través de una declaración de derechos. En efecto, dejan de lado construcciones jurisprudenciales que se podrían generar en torno a derechos en medios digitales a partir casuística o el ámbito referido a la estructura y participación del Estado en espacios digitales.

#### **4.4. Constitucionalismo digital como ideología**

Finalmente, está la concepción de constitucionalismo digital planteada por CELESTE<sup>121</sup>. El citado autor define al constitucionalismo digital como una ideología que tiene como objetivo el establecer y asegurar la existencia de un marco normativo de protección de derechos fundamentales y de limitación del poder en el entorno digital<sup>122</sup>.

CELESTE opta por concebir al constitucionalismo digital como una ideología porque se constituye en un grupo estructurado de valores e ideales: los valores e ideales del constitucionalismo contemporáneo pero enfocado en el contexto específico de

---

<sup>120</sup> CELESTE, Edoardo. "Digital constitutionalism: a new systematic..." Op. Cit., p. 11.

<sup>121</sup> CELESTE, Edoardo. "Digital constitutionalism: a new systematic..." Loc. Cit., y CELESTE, Edoardo. "Digital constitutionalism. Mapping the constitutional response ..."

<sup>122</sup> CELESTE, Edoardo. "Digital constitutionalism. Mapping the constitutional response ..." Loc. Cit., p. 15.

las tecnologías digitales<sup>123</sup>. Así, el constitucionalismo digital es solo una nueva rama del constitucionalismo moderno que, además de valores e ideales como limitación del poder, democracia, protección de derechos humanos e imperio de la ley, incluye otros nuevos propios del mundo digital (como cuando el constitucionalismo se volvió “democrático”)<sup>124</sup>. El citado autor, al entender así el constitucionalismo digital como una ideología, lo concibe como un concepto meramente teórico que permite diferenciarlo de su implementación o plasmación en la realidad<sup>125</sup>.

Nosotros nos adherimos parcialmente a esta definición de Constitucionalismo digital. Sin embargo, consideramos que se debe realizar algunas añadiduras y matizaciones ya que, tal como veremos a continuación, se deja de lado los criterios interpretativos que se podrían utilizar para resolver situaciones de conflicto constitucional en espacios digitales.

#### **4.5. Nuestra concepción de constitucionalismo digital y qué es la Constitución digital**

Como pudimos apreciar, no compartimos la idea que el Constitucionalismo digital es una construcción supraestatal, es un mero medio de articulación del poder privado o es un conjunto de instrumentos tendientes a establecer una declaración de derechos. Por el contrario, nos acercamos más a la postura que concibe al Constitucionalismo digital como una ideología, en tanto conjunto de ideas y valores; o, más propiamente, como una rama del Derecho Constitucional. Esta percepción permite diferenciar, de un lado, al Constitucionalismo digital de la Constitución

---

<sup>123</sup> CELESTE, Edoardo. “Digital constitutionalism: a new systematic...” Op. Cit., p. 13.

<sup>124</sup> Íbidem.

<sup>125</sup> Íbidem.

digital: el primero como el conjunto de ideales y valores, y el segundo como la plasmación normativa de estos. Este será el ámbito de análisis que abordaremos a continuación.

#### **4.5.1. Nuestro concepto de constitucionalismo digital**

Asumiendo la concepción de constitucionalismo digital como una rama más del Derecho Constitucional moderno que tiene como objetivo el establecer y asegurar la existencia de un marco normativo de protección de derechos fundamentales y de limitación del poder en el entorno digital, creemos que es necesario añadir que el constitucionalismo digital también engloba aquellas técnicas interpretativas, conceptos y criterios que tienen como objeto el resolver situaciones de conflicto o incertidumbre jurídico-constitucional en entornos digitales.

Uno de estos criterios de interpretación constitucional en entornos digitales sería, por ejemplo, la perspectiva sistemática digital. De acuerdo a lo desarrollado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>126</sup>, al momento de evaluar una determinada medida restrictiva en Internet, no basta con hacer el análisis de afectación en el usuario, sino que se tiene que evaluar, desde una perspectiva sistemática digital, cómo es que determinada acción puede afectar al funcionamiento general de Internet como una “red descentralizada y abierta”<sup>127</sup>. Esto, en atención a la existencia de una pluralidad

---

<sup>126</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Libertad de expresión e internet*, 2013, párr. 53.

<[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014\\_04\\_08\\_Internet\\_WEB.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf)>

<sup>127</sup> Ídem., párr. 63.

de actores involucrados en el desarrollo y funcionamiento de Internet expuesto previamente.

Esto porque, en la medida que el constitucionalismo digital implica un acercamiento teórico-constitucional al fenómeno tecnológico en base a ciertos presupuestos ideológicos y valores, también se deben prever los conceptos, técnicas interpretativas y criterios que permitan resolver situaciones conflictivas de trascendencia constitucional en entornos digitales. De poco serviría el teorizar sobre marcos normativos de reconocimiento y protección de derechos fundamentales y limitación del poder sin los mecanismos necesarios para interpretarlos.

De acuerdo a ello, nosotros entendemos al constitucionalismo digital como aquella rama del Derecho Constitucional (o ideología o movimiento) tendiente a establecer conceptos, marcos normativos y técnicas interpretativas de reconocimiento, protección y solución de conflictos de derechos fundamentales y del ejercicio del poder político (limitación y distribución de competencias) en entornos digitales.

Más aún, si concebimos a las “nuevas tecnologías como instrumentos y herramientas para un mejor ejercicio de la democracia y del control democrático del poder”<sup>128</sup>, hablar de constitucionalismo digital, implicaría por definición propia abordar la discusión de la limitación del poder y el reconocimiento/ejercicio de derechos fundamentales.

---

<sup>128</sup> CAMISÓN, José Angel. “Derecho constitucional y nuevas tecnologías”. *Democracia Digital e Governo Eletrónico, Florianópolis*, N° 13, 2015, p. 125.  
<<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/252>>

Ahora bien, también asumimos, parcialmente, la postura planteada por CELESTE respecto del constitucionalismo digital en la medida que es un planteamiento teórico porque permite diferenciarlo de su plasmación en la práctica. De acuerdo a ello, nosotros podemos hacer la diferenciación entre constitucionalismo digital (la concepción teórica/conjunto de ideas) y la Constitución digital (la plasmación efectiva de estas ideas en normativa y jurisprudencia constitucional). Procederemos a desarrollar esto último a continuación.

#### **4.5.2. Nuestro concepto de Constitución digital**

De la misma manera que en doctrina se define a la Constitución cultural como aquel conjunto de preceptos constitucionales que se refieren (y desarrollan) a la realidad pluridimensional de la cultura<sup>129</sup>; a la Constitución económica como aquel conjunto de normas fundamentales del sistema económico, de distintas disciplinas jurídicas particulares, cuyos rasgos comunes se encuentran en la Constitución y se refieren a temas económicos<sup>130</sup>; nosotros entendemos a la Constitución digital como aquellos preceptos normativos y jurisprudenciales constitucionales que regulan y desarrollan el ejercicio de derechos fundamentales y el poder en medios digitales.

Toda esta serie de preceptos pueden implicar la plasmación de distintas disciplinas jurídicas que abordan esta temática (laboral, civil, administrativo, procesal, etcétera) en el texto constitucional pero que se refieren a la plasmación concreta del constitucionalismo digital. Así, esta serie de normas constitucionales tienen

---

<sup>129</sup> TAJADURA, Javier. "La Constitución Cultural". *Revista de Derecho Político*, núm. 43, 1998, p. 102

<sup>130</sup> VALLEJO, Jesús. "La Constitución Económica". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 80, 1988, pp. 9-10.

elementos comunes que les son propios del desarrollo de Internet y de los medios digitales.

#### **4.6. Algunos retos del constitucionalismo digital**

PADOVANI y SANTANIELLO; y SUZOR, VAN GEELEN y WEST identifican, cada uno con su propio punto de vista, pero enfocados en las situaciones de tensión de derechos y poder en entornos digitales, una serie de retos del constitucionalismo digital a futuro. Así, se indica que la protección de los derechos frente a actores privados que realizan “funciones públicas” es uno de ellos, el cual se tiene que resolver en miras a evolucionar de un punto de vista aspiracional hacia una efectiva codificación legal y técnica<sup>131</sup>. De igual modo, en la medida que el constitucionalismo implica limitación del poder, el constitucionalismo digital requiere elaborar una respuesta en torno a la forma apropiada en que el poder de plataformas (Facebook, Google, etcétera) debe ser limitado<sup>132</sup>. En este sentido, es reto clave el articular los límites apropiados al ejercicio del poder privado en línea; cabe decir, dilucidar cómo se imponen dichos límites y por quién<sup>133</sup>.

Respecto del primero de ellos, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales resulta una vía para solucionar dicho problema. En efecto, las preocupaciones en torno a oponer derechos fundamentales a actores privados, en nuestro ordenamiento jurídico, se verían superadas empleando la eficacia horizontal de los

---

<sup>131</sup> PADOVANI, Claudia y SANTANIELLO, Mauro. Op. Cit., p. 300.

<sup>132</sup> SUZOR, Nicolás. Op. Cit., p. 2.

<sup>133</sup> SUZOR, Nicolas; VAN GEELEN, Tess y WEST, Sarah Myers. “Evaluating the legitimacy of platform governance: A review of research and shared research agenda”. *The International Communication Gazette*, Vol. 80, 2018, p. 386.

<<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1748048518757142>>

mismos (eficacia horizontal de los derechos de privacidad o libertad de expresión de los usuarios sobre las empresas tecnológicas).

Respecto al segundo de los retos consideramos que aún queda trabajo por hacer. Los planteamientos teóricos orientados a estipular el cómo delimitar y enmarcar el ejercicio del poder privado en entornos digitales requiere mayor profundización. Así, quedan abiertas aún discusiones en torno a si se deben establecer límites a determinadas corporaciones digitales en las constituciones: no bastaría con la regulación contractual entre privados (siempre que respeten la carta constitucional). Estas son cuestiones que la doctrina del constitucionalismo digital tendría que responder a futuro. Una de las principales problemáticas pendientes a discutir giraría en torno, entonces, a cómo (y si se debe) limitar o regular el poder privado en entornos digitales.

Como pudimos apreciar a este punto, existen distintas concepciones en torno a lo que es el constitucionalismo digital. Así, se puede concebir al mismo como una construcción supraestatal y extrajurídica, como un medio de articulación del poder privado en espacios digitales o como el conjunto de instrumentos tendientes a establecer una declaración de derechos en Internet. Nosotros asumimos la concepción de Constitucionalismo digital como aquella rama del Derecho Constitucional que se encarga del estudio y desarrollo de los derechos fundamentales y el poder político en espacios digitales, así como de los elementos interpretativos para resolver situaciones de conflicto constitucional en dichos espacios. Si bien la eficacia horizontal de los derechos fundamentales puede brindar

una respuesta a la problemática del ejercicio de derechos fundamentales frente a plataformas, la problemática en torno a si se debe delimitar el poder privado en espacios digitales es todavía una cuestión abierta en el ámbito del Constitucionalismo digital.

### **III. Los derechos fundamentales y las TIC: una interpretación evolutiva**

Internet afecta al Derecho Constitucional y, por ende, a los derechos fundamentales. En efecto, la globalización y el despliegue mundial de Internet generaron problemas en torno a cómo proteger los derechos fundamentales de los usuarios en línea<sup>134</sup>. En palabras de SÁNCHEZ<sup>135</sup>, “las libertades clásicas se han visto afectadas, por no decir mutadas”.

La teoría jurídico-política en torno a las libertades no es hoy en día tan cómoda como la que se hacía en la larga historia doctrinal e institucional precedente<sup>136</sup>. La doctrina constitucional que se desarrolló históricamente tenía como eje el ejercicio y la tutela física de las personas y sus derechos dentro del territorio del Estado. De acuerdo a ello, era casi impensable que se llegaría a un punto en la historia en el que casi todos los derechos –o el ejercicio de ellos- tendrían una manifestación en la realidad virtual. En este sentido, “[e]l estudio actual de derechos humanos [fundamentales] no puede omitir esa referencia contextual”<sup>137</sup>, pues creemos que se

---

<sup>134</sup> PADOVANI, Claudia y SANTANIELLO, Mauro. Op. Cit., p. 1.

<sup>135</sup> SÁNCHEZ, Juan. Op. Cit., p. 240.

<sup>136</sup> PÉREZ, Antonio. “Internet y los derechos ..” Op. Cit., p. 289.

<sup>137</sup> *Íbidem*.

caería en una visión incompleta de lo que implica, hoy en día, ejercer derechos fundamentales.

Si bien podría sostenerse que las tecnologías representan un desarrollo de las libertades<sup>138</sup>, en la medida que estas han podido ampliar el actuar humano notablemente sobrepasando distintas fronteras –físicas, económicas o políticas-, también es cierto que las TIC se presentan con ambivalencia y doble faceta a las mismas. Tanto ZICCARDI<sup>139</sup> como DÍAZ REVORIO<sup>140</sup> sostienen que Internet, inicialmente pensado para favorecer, facilitar y expandir lo más posible el ejercicio de derechos, también puede significar riesgos o amenazas para su afectación, tanto del mismo que se ve potenciado como de otros que se pueden ver vulnerados ejerciendo otro a través de las TIC.

En definitiva, podemos sostener que Internet, a la vez que potencia el ejercicio de derechos fundamentales, tanto de usuarios como de empresas, incrementa también las situaciones de riesgo de su vulneración. Esto último se puede dar ya sea porque:

- Otros usuarios, en el ejercicio de sus derechos, al verse dicho ejercicio potenciado, pueden afectar los de terceros. Por ejemplo, utilizando las potencialidades de las redes sociales, se difunda un contenido que llegue a afectar el derecho a la imagen

---

<sup>138</sup> FROSINI, Tommaso. “Nuevas tecnologías y constitucionalismo”. *Revista Derecho del Estado*, 15 (1), 2003, p. 29.

<<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/798>>

<sup>139</sup> ZICCARDI, Giovanni. *Resistance, Liberation Technology and Human Rights in the Digital Age*. 2013. Países Bajos: Springer, p. 128.

<<https://cryptome.org/2013/03/hacking-digital-dissidence.pdf>>

<sup>140</sup> DÍAZ, Francisco. “Tecnologías de la información y la comunicación y nuevas dimensiones de los derechos fundamentales”. *Pensamiento Constitucional*, Vol. 14, Núm. 14, 2010, p. 34.

<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3043>>

de una persona. Afectación a la cual podríamos llamar horizontal, de usuario a usuario

- Empresas (tanto como proveedoras de servicios de Internet –como Facebook- o proveedoras de acceso a Internet –como Movistar-) que pueden afectar derechos fundamentales de usuarios. Por ejemplo, Facebook, al no permitir –censurar- que determinado contenido pueda ser publicado en sus plataformas o haciendo un uso no consentido de datos personales. A esta afectación la llamaríamos vertical, pues dichas empresas ostentan gran poder en la red y se encuentran en una situación de ventaja y asimetría respecto del usuario.

- Estados que pueden afectar los derechos de los usuarios. Por ejemplo, Estados que, en miras a resguardar la seguridad, afecten la privacidad o el secreto de las comunicaciones de las personas. Dicha afectación también sería vertical.

Al respecto, la investigación realizada por MANN, DALY, WILSON y SUZOR insinúa que una vía para lograr solución a dichos conflictos sería una ya conocida en el Derecho Constitucional: aplicar el juicio de proporcionalidad<sup>141</sup>.

Muchos de los principios y derechos contenidos en las declaraciones más importantes de derechos humanos pueden aplicarse pacíficamente al ámbito de Internet y a las actividades de los usuarios de las nuevas tecnologías<sup>142</sup>. De esta manera, más que una expansión del catálogo de derechos –civiles, políticos y sociales-, los avances tecnológicos serían una forma alternativa de acceder y

---

<sup>141</sup> MANN, Monique; DALY, Angela; WILSON, Michael; SUZOR, Nicolas. Op. Cit., pp. 9-11.

<sup>142</sup> ZICCARDI, Giovanni. Op. Cit., p. 126.

ejercitar los mismos<sup>143</sup>. No obstante, existe una falta de articulación, en doctrina, en torno a cómo se vinculan los derechos digitales y el discurso de los derechos humanos: es poco claro cómo establecer los derechos digitales en el marco de los derechos humanos<sup>144</sup>.

Lo anterior evidencia un defecto entorno a la construcción de derechos fundamentales (o humanos) en entornos digitales: ausencia de fundamentación axiológica de los mismos, ya sea en el ámbito de derecho humano (dignidad) o derecho fundamental (además de dignidad, los principios establecidos en el art. 3° de nuestra Constitución). Así, ciertas situaciones de relevancia jurídica en Internet carecerían de fundamentación al momento de enmarcarlas dentro de las declaraciones de derechos humanos o dentro de los catálogos de derechos fundamentales. De acuerdo a ello, si es que es evidenciado que se da más importancia a los derechos en Internet desde los usuarios comunes, activistas y académicos que desde las legislaciones concretas nacionales<sup>145</sup>, es probable (como efectivamente viene sucediendo) que las cuestiones *iusfundamentales* en entornos digitales sean dilucidadas por los tribunales antes que por los legisladores. Es imperativo, por ello, empezar a construir argumentaciones que permitan sostener la fundamentalidad de ciertos intereses o posiciones jurídicas en entornos digitales. Este es, pues, otro reto del constitucionalismo digital a futuro.

Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que lo anterior no es suficiente. Por el contrario, existe una necesidad de clarificar el significado y ámbito de los derechos

---

<sup>143</sup> AMORETTI, Francesco. Op. Cit., p. 33.

<sup>144</sup> GILL, Lex; REDEKER, Dennis y GASSER, Urs. Op. Cit. p. 19.

<sup>145</sup> ZICCARDI, Giovanni. Op. Cit., p. 309.

humanos en Internet, ya que no resulta viable depender exclusivamente de normas existentes<sup>146</sup>. Es necesario tomar en cuenta que los conceptos de derechos humanos y fundamentales surgieron en épocas muy distintas a la actual. Así, no era concebible, en ese entonces, el rol que iba a jugar la tecnología en la sociedad del siglo XXI, tanto para los Estados como para los particulares. De esta manera, queda pendiente también, entre otros, el entender la dignidad de la persona humana de cara a las TIC y cómo esta se vincula con Internet (el acceso a Internet, por ejemplo).

Las tecnologías reconocen, además, nuevos derechos o fundamentan y reconocen nuevos ámbitos de libertad en las constituciones tradicionales<sup>147</sup> (que no necesariamente están explicitadas). En este sentido, concordamos con FROSINI<sup>148</sup>, en el sentido que se puede interpretar las normas actuales recabando de ellas nuevas figuras jurídicas de los derechos ya enunciados o, si con ello no basta, se necesita redactar nuevas normas constitucionales para definir las nuevas libertades traídas por la tecnología. Así, el mencionado autor plantea la posibilidad de, a partir de la unión entre tecnologías informáticas y libertades, sea posible deducir la existencia de nuevos derechos informáticos o digitales fundamentales, derivándolos y haciéndolos emerger de principios constitucionales a través de interpretaciones de los tribunales constitucionales<sup>149</sup>.

En definitiva, la electrónica ha generado una proliferación extraordinaria de reglas, la creación de un nuevo Derecho propiamente dicho, la regeneración de derechos

---

<sup>146</sup> Ídem., p. 127.

<sup>147</sup> FROSINI, Tomasso. Op. Cit., p. 30.

<sup>148</sup> Íbidem.

<sup>149</sup> FROSINI, Tomasso. Op. Cit., p. 38.

clásicos y la invención de toda una serie de nuevos derechos<sup>150</sup>. Sobre este punto, resulta llamativo cómo ha afrontado el Tribunal Constitucional alemán dicha problemática.

El mencionado Tribunal, al “crear” nuevos derechos –como la autodeterminación informativa-, no es que cree derechos de manera propiamente dicha, sino que interpreta la Constitución a la luz de nuevos contextos<sup>151</sup> (realiza una interpretación evolutiva, como observaremos en el siguiente apartado). Así, identifica nuevas manifestaciones de derechos fundamentales (subcategorías) que están caracterizadas por responder a retos particulares de intereses constitucionalmente protegidos; o identifica dichas manifestaciones para imponer requisitos a la justificación de las interferencias del Estado en dichos derechos<sup>152</sup>. En este sentido, sostiene BERNER, el Tribunal realiza interpretaciones que son cualitativamente diferentes de las interpretaciones comunes<sup>153</sup>.

Hasta este punto pudimos observar cómo las TIC afectan los derechos fundamentales en una doble dirección: los potencian en su ejercicio y potencian sus amenazas de afectación. De otro lado, pudimos observar que los derechos fundamentales se pueden enmarcar dentro de los ya enunciados por la Constitución y, también, pueden ser derivados unos nuevos a partir de principios constitucionales. Creemos que no se ha generado una sistematización en torno a

---

<sup>150</sup> RODOTÀ, Stefano. Loc. Cit.

<sup>151</sup> BERNER, Katharina. Op. Cit., p. 4.

<sup>152</sup> Íbidem.

<sup>153</sup> Íbidem.

cómo se deben enmarcar y clasificar los derechos fundamentales en Internet. Los tres siguientes apartados abordarán dicha problemática: se tendrá en cuenta la interpretación evolutiva de los derechos fundamentales como herramienta para afrontar la problemática de los TIC y los derechos fundamentales; luego, se enunciará una categorización de los mismos para finalmente dar a conocer una serie de criterios interpretativos propios de la problemática de derechos fundamentales e Internet.

## **1. Interpretación constitucional e interpretación de los derechos fundamentales**

El interpretar la Constitución, como bien indica ESPINOSA – SALDAÑA<sup>154</sup>, implica el realizar una labor interpretativa en torno a una norma con características muy particulares, como pueden ser su origen, su contenido, su rol o el tipo de disposiciones normativas que contiene. La Norma Fundamental es, pues, “un parámetro de comprensión y control destinado a asegurar una adecuada configuración tanto del ordenamiento jurídico de cada Estado en particular, sino también de la vida política, social y económica de todos los países”<sup>155</sup>.

Teniendo en cuenta las distintas perspectivas de interpretación constitucional que desarrolla el citado autor, tanto en el escenario norteamericano como en el europeo-continental, se pueden identificar dos grandes corrientes: unas que tienden a interpretar la Constitución desde una perspectiva más hermenéutica, conservadora,

---

<sup>154</sup> ESPINOSA – SALDAÑA, Eloy. *En defensa de la Constitución. Código Procesal Constitucional y tutela del ciudadano*. Lima: Gaceta Jurídica, 2019, p. 15.

<sup>155</sup> Ídem., p. 20.

cerrada u “originalista”; y otra más dinámica, cambiante, de acuerdo con una *Living Constitution*, y con tendencias más institucionalistas o favorables al uso alternativo del Derecho<sup>156</sup>. En el presente texto se optará por una perspectiva más dinámica de la interpretación constitucional: consideramos que los contenidos recogidos en la Constitución requieren de una actualización constante para adaptarse a la sociedad y no viceversa. Esto, aún más, teniendo en cuenta que gran parte del estudio que abordaremos son los cambios tecnológicos introducidos en nuestra sociedad por la tecnología: si no optamos por perspectivas que contemplen a la Constitución como un conjunto de normas dinámicas, el rol que jugarían las nuevas tecnologías en esta sería bastante limitado.

Los criterios de interpretación constitucional se admiten en términos generales al campo de los derechos fundamentales<sup>157</sup>. Así, los distintos criterios de interpretación constitucional, como el de concordancia práctica, presunción de constitucionalidad, eficacia integradora, etcétera, son también aplicables a los derechos fundamentales. De estos criterios (o principios) de interpretación constitucional, resaltamos para los fines del presente trabajo el referido a la interpretación evolutiva de derechos fundamentales, el cual será desarrollado a continuación.

---

<sup>156</sup> Ídem., pp. 21-24.

<sup>157</sup> CARPIO, Edgar. “La interpretación de los derechos fundamentales”. *Derecho PUCP*, Núm. 56, 2003, pp. 463-464.

## 2. En torno a la interpretación evolutiva de los derechos fundamentales

Compartimos la idea de DÍAZ REVORIO<sup>158</sup> que ciertos conceptos fundamentales del Derecho Constitucional requieren una nueva delimitación o una adaptación a las nuevas circunstancias. En la medida que la Constitución regula la realidad social, es necesario adaptarla a los cambios que en esta se produzcan<sup>159</sup>. Dicha actualización se torna imperativa porque ante un desfase entre realidad y norma se ve afectada la eficacia normativa de esta última<sup>160</sup> y, con ello –por ser la Constitución-, se ve afectado todo el ordenamiento jurídico pues “ningún ordenamiento jurídico puede soportar que su norma suprema no sea satisfactoriamente eficaz”<sup>161</sup>.

En palabras de CANOSA<sup>162</sup>, en el Derecho Constitucional, la tensión entre realidad y normatividad es más latente debido a: 1) la especial rigidez normativa de los textos constitucionales; 2) la dinamicidad de la realidad política que el Derecho Constitucional pretende regular; y, 3) la textura abierta de las disposiciones constitucionales. Por lo tanto, se torna más imperativo y complicado, en cierta medida, para el Derecho Constitucional, actualizar las normas constitucionales a la realidad social.

---

<sup>158</sup> DÍAZ, Francisco. “La Constitución ante los avances científicos...” Op. Cit., p. 209.

<sup>159</sup> CANOSA, Raúl. “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”. *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR, Arturo (coord.) México DF.: Instituto de Investigaciones jurídicas, 2008, p. 65.

<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2560/8.pdf>>

<sup>160</sup> Ídem., p. 64.

<sup>161</sup> Íbidem

<sup>162</sup> CANOSA, Raúl. Op. Cit., pp. 63-66.

Esta tarea de adecuación no corresponde, quizás, a la propia Constitución en sentido propio, pero sí a los poderes y órganos encargados de desarrollarla, interpretarla y aplicarla<sup>163</sup>. En este sentido, parece ser que “la mejor forma de resolver las antinomias entre ellas y la realidad que regulan es proceder a su reforma o derogación, habida cuenta de que la otra solución, modificar la realidad para que ésta se ajuste a la norma, no es siempre factible”<sup>164</sup>. No obstante, no siempre son posibles los cambios legislativos pues mientras mayor es el rango de la norma, mayor es la rigidez de esta. Esta rigidez, especialmente propia de la Constitución, vuelve estático al ordenamiento jurídico constitucional si es que se pretende modificarlo legislativamente<sup>165</sup>.

Ante ello, la labor del juez, al momento de interpretar y resolver conflictos en los que se discuta derechos en entornos digitales, se torna central. En efecto, este puede cumplir una función de flexibilización y adaptabilidad de los principios a situaciones en continuo cambio<sup>166</sup>; para lo cual se requiere de un intérprete creador, alejado del modelo de juez ventrílocuo<sup>167</sup> (boca de la ley). El método mediante el cual el intérprete adapta la norma a la realidad es conocido como interpretación evolutiva de los derechos fundamentales.

En efecto, la principal vía para lograr dicha adaptación y otorgar así al ordenamiento jurídico cierto dinamismo es el emplear el elemento evolutivo<sup>168</sup>. Así, se permite “a

---

<sup>163</sup> DÍAZ, Francisco. “La Constitución ante los avances científicos...” Op. Cit., p. 210.

<sup>164</sup> Ídem., p. 58.

<sup>165</sup> Íbidem.

<sup>166</sup> RODOTÀ, Stefano. Op. Cit., p. 117.

<sup>167</sup> CANOSA, Raúl. Op. Cit., p. 60.

<sup>168</sup> Ídem., p. 58.

las disposiciones normativas afrontar los cambios de la vida sin sufrir modificaciones en su texto, pero manteniendo su eficacia, es decir, regulando efectivamente la realidad”<sup>169</sup>.

Entendemos a “la doctrina evolutiva como aquella inspirada en la necesidad de adaptación continua del derecho a las exigencias de la vida social (política, económica, etcétera)”<sup>170</sup>. Esta se fundamenta en tres premisas<sup>171</sup>:

- 1) Cabe más de una interpretación posible en la Constitución debido a la textura abierta de sus normas;
- 2) La rigidez constitucional paraliza la evolución del ordenamiento constitucional;
- 3) Le corresponde al juez el romper con ello a través del descubrimiento de nuevos significados normativos

La interpretación evolutiva se encamina no a la transformación de la realidad, sino a la transformación del sentido de la ley para adaptarla a una realidad que cambió previamente<sup>172</sup>. En este sentido, será más necesario utilizar el elemento evolutivo en la medida que parezca la norma más alejada de la realidad: se trata de “verificar la eficacia del derecho en la realidad social” para así comprobar si las normas extraídas de las disposiciones la rigen efectivamente<sup>173</sup>.

---

<sup>169</sup> *Íbidem*.

<sup>170</sup> MARTÍNEZ, Rubén. “Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”. *Rev. IUS*, vol. 10, No. 37, jun 2016, p. 133.

<[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472016000100129](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472016000100129)>

<sup>171</sup> *Ídem.*, p. 134.

<sup>172</sup> CANOSA, Raúl. *Op. Cit.*, p. 60.

<sup>173</sup> *Ídem.*, p. 59.

En la medida que la realidad de los derechos fundamentales es muy cambiante y su formulación literal con frecuencia es poco clara, la interpretación a realizarse sobre ellos debe favorecer su máxima eficacia<sup>174</sup>. En este sentido, tal como manifestamos previamente, el desfase entre realidad y norma afecta la eficacia de esta última, por lo que la interpretación evolutiva favorece su eficacia. Creemos que el intérprete, en la medida que tiene libertad para adoptar distintas formas de interpretación, debe adoptar la interpretación que mejor se ajuste a la realidad del momento<sup>175</sup>.

No obstante, dicha técnica interpretativa conlleva riesgos:

Quando el intérprete se enfrenta al caso concreto y da un sentido nuevo, adaptado y evolutivo, a una disposición sirve a su eficacia normativa de acuerdo con la finalidad del precepto. En esta tarea, el intérprete debe incorporar a su razonamiento los datos extranormativos de naturaleza social que han determinado el cambio de la realidad, ya que este cambio es el que de manda, en paralelo, una transformación de la interpretación para evitar el divorcio entre norma y realidad. Naturalmente este modo de proceder conlleva un riesgo: la contaminación sociológica de la argumentación jurídica, riesgo que es más evidente cuando se interpretan enunciados constitucionales (...).<sup>176</sup>

Por ello, en doctrina se han establecido ciertos límites a dicha técnica, los cuales abordaremos a continuación.

## **2.1. Límites a la interpretación evolutiva de los derechos fundamentales**

En palabras de CANOSA<sup>177</sup>

[C]uando hablamos de interpretación constitucional, no consiste en convertir al máximo intérprete en promotor de la transformación social y política alguna, ni legitima una interpretación alternativa orientada

---

<sup>174</sup> Ídem., p. 70.

<sup>175</sup> Ídem., p. 67.

<sup>176</sup> Ídem., pp. 61-62.

<sup>177</sup> Ídem., p. 68.

ideológicamente por el intérprete, sino en defender la Constitución mediante una interpretación que promueva su eficacia normativa, también cuando la realidad ha cambiado y se espera de él que ofrezca una nueva interpretación que permita a la Constitución seguir los pasos de la realidad.

De acuerdo con ello, la literalidad de la interpretación se constituye en un límite insoslayable para el intérprete. Esto pues no se le puede hacer decir a la norma, en vía interpretativa, lo que de ninguna manera significa de su literalidad<sup>178</sup>. Así, la interpretación evolutiva tiene que realizarse desde la textualidad de la norma sin que quede espacio a la interpretación *contra legem*, ya que ello convertiría al intérprete en un sustituto del constituyente<sup>179</sup>. Para evitar dicha sustitución hay que tomar en cuenta, adicionalmente, que “la interpretación evolutiva no solo está limitada por el tenor literal del texto y por las condiciones de normatividad de la disposición, sino que debe tomar en cuenta la voluntad del poder constituyente democrático”<sup>180</sup>.

Así, cabe precisarse que el juez, al aplicar la interpretación evolutiva, está creando, no realizando una simple subsunción. En este sentido, está constreñido, tal como acabamos de indicar, a la literalidad y finalidad del precepto<sup>181</sup>. “Un exceso en la función interpretativa podría acabar en la sustitución de la voluntad constituyente, por la voluntad del juez como intérprete evolutivo”<sup>182</sup>. Es necesario, pues, tomar en cuenta, junto con dicha técnica interpretativa, a “los elementos literal, lógico, teleológico y sistemático de la interpretación”<sup>183</sup>.

---

<sup>178</sup> Ídem., p. 82.

<sup>179</sup> MARTÍNEZ, Rubén. Loc. Cit., p. 135.

<sup>180</sup> Ídem., p. 136.

<sup>181</sup> CANOSA, Raúl. Op. Cit., p. 60.

<sup>182</sup> MARTÍNEZ, Rubén. Loc. Cit., p. 135.

<sup>183</sup> CANOSA, Raúl. Op. Cit., p. 60.

No obstante ello, es necesario aclarar que la aplicación de la interpretación normativa no está exenta de dificultades. En palabras de CANOSA<sup>184</sup>, cuando el intérprete supremo incorpora nuevos contenidos, vía interpretación evolutiva, en ciertos derechos fundamentales, estos se constituyen en contenido esencial del mismo. En este sentido, estas nuevas posiciones *iusfundamentales* desveladas por el intérprete pueden generar ciertos límites o afectaciones en posiciones *iusfundamentales* que ya cuentan con un reconocimiento constitucional positivo. Esto, pues, ambas posiciones se proyectan en el ordenamiento jurídico con igual intensidad.

De esta manera, creemos que, si al momento de realizarse la interpretación evolutiva se desvelan nuevas posiciones *iusfundamentales*, dichas nuevas posiciones deberían poder ser tutelables a través de los mecanismos procesales idóneos para ello. De la misma manera, si entran en conflicto con otras (incluso las reconocidas por el legislador constitucional previamente), cabe aplicar técnicas como las de ponderación o proporcionalidad.

## **2.2. Métodos de manifestación de la interpretación evolutiva**

El autor previamente citado<sup>185</sup> reconoce seis situaciones en las cuales se puede manifestar la interpretación evolutiva, a saber:

- i. Interpretación del enunciado de un derecho que dota de sentido nuevo a una posición *iusfundamental* reconocida: En este supuesto no existe adscripción de nuevas posiciones *iusfundamentales*, sino una interpretación diferente,

---

<sup>184</sup> Ídem., pp. 83-84.

<sup>185</sup> Ídem., pp. 85-97.

expansiva o restrictiva, de las ya conocidas. De acuerdo a ello, existe una posición iusfundamental previa que sigue significando algo concreto, pero ahora dicho significado entraña un mejor ejercicio (o restricción) de un derecho. Un ejemplo de ello sería el reconocer la función social de propiedad.

- ii. Interpretación apelando a la dimensión objetiva de los derechos: Esta situación abre la puerta para la expansión y la limitación de los derechos.
- iii. A un derecho viejo se adscribe una posición *iusfundamental* nueva: Esto implica desvelar un contenido nuevo de un derecho antiguo que vía interpretativa adquiere nuevos contenidos. En definitiva, situaciones jurídicas antes fuera del enunciado normativo pasan a ser contenidos dentro de este. Existe una especie de 'constitucionalización' de ciertas situaciones antes no fundamentales.
- iv. A un derecho de máxima protección se yuxtapone un derecho de menor protección: Se busca dotar de mayor protección a un derecho ya declarado –esto sucede mayormente cuando el contenido de dicho derecho era incierto-.
- v. Se dota a una posición iusfundamental de una dimensión de derechos de protección: Esto implica que se integra en el derecho protección frente a peligros nuevos o antiguos.

- vi. Una garantía de ciertos derechos se transforma en un derecho fundamental autónomo: Esto implica la creación de un derecho a partir de otro pero se adscribe a una garantía de derechos (como el caso de la autodeterminación informativa).

### **2.3. Interpretación evolutiva y los sistemas constitucionales de *numerus apertus* de los derechos fundamentales**

Ahora bien, CANOSA sostiene que si existe dentro de las normas constitucionales la previsión de una cláusula de apertura de los derechos fundamentales, no es necesario recurrir a la interpretación evolutiva. En efecto, el mencionado autor enuncia que “si la expansión de los derechos se efectúa mediante el reconocimiento normativo ya no es preciso acudir a la interpretación porque la garantía de esas nuevas posiciones iusfundamentales se halla en la Constitución. Si falta el reconocimiento es cuando debe operar la interpretación”<sup>186</sup>. En defecto de dicha cláusula de apertura, sostiene, se realiza una adscripción y se considera dentro de un enunciado normativo lo que antes de ese instante no se consideraba incluido<sup>187</sup>.

No compartimos la opinión de dicho autor al respecto. En efecto, nosotros sostenemos que la existencia de una cláusula de apertura (como el artículo 3°<sup>188</sup> de nuestra Constitución) no es excluyente del uso de la técnica de interpretación evolutiva. Esto, básicamente por dos motivos.

---

<sup>186</sup> Ídem., p. 83.

<sup>187</sup> Íbidem.

<sup>188</sup> **Artículo 3.-** La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

a) En primer lugar, es necesario explicitar que el empleo del artículo 3° conlleva al reconocimiento de nuevos derechos, mientras que el empleo de la interpretación evolutiva no necesariamente. En efecto, tal como reseñamos previamente en el apartado previo 2.2.; al usar la interpretación evolutiva se puede, entre otros, a) incorporar nuevos ámbitos de protección a derechos previamente existente; b) reconocer nuevas posiciones iusfundamentales que son parte de un derecho previamente existente; y, c) reconocer nuevas posiciones iusfundamentales que implican nuevos derechos. En cambio, el uso del artículo 3° implica el reconocimiento de nuevos derechos (solo circunscrito ante la posibilidad c) descrita).

De esta manera, es posible observar que la interpretación evolutiva puede ser usada, aun teniendo en nuestro ordenamiento jurídico la previsión constitucional del artículo 3°, si es que se requiere reconocer nuevas posiciones iusfundamentales en un derecho previamente existente cuya adecuación a la realidad social es necesaria.

b) En segundo lugar, cabe tener presente que cuando se realiza una interpretación evolutiva el parámetro sobre el cual se realiza esta es el de la realidad social, mientras que cuando se utiliza el artículo 3° de la Constitución los parámetros son los principios constitucionales de dignidad, soberanía, Estado democrático de derecho y forma republicana de gobierno. De esta manera, si se crean nuevas posiciones *iusfundamentales* que impliquen el reconocimiento de nuevos derechos, en el primer caso –de interpretación evolutiva-, su fundamento será el contexto

social actual que desfasa la previsión normativa; mientras que en el segundo serán los enunciados principios.

Así, en nuestro orden constitucional, mientras un determinado derecho requiere, para su reconocimiento, su fundamentación en los principios del artículo 3°, no resulta viable reconocer nuevos derechos fundamentándolos únicamente en el elemento evolutivo. Por ejemplo, es posible reconocer un nuevo derecho fundamentándolo en cualquiera de los principios del artículo 3°; pero no resulta viable reconocer un derecho si este no tiene su fundamento en dichos principios<sup>189</sup> y fundamentarlo únicamente en el elemento evolutivo (por disposición de dicha norma constitucional).

De esta manera, dichos mecanismos de reconocimiento de nuevos derechos (la interpretación evolutiva y el artículo 3° de la Constitución) pueden –y en algunos casos deben– ir de la mano cuando ha de incorporarse un nuevo derecho al catálogo de los ya existentes. De acuerdo a ello, un nuevo derecho puede tener su fundamento en el principio de soberanía del pueblo y en el cambio social (criterio evolutivo); pero no podría darse la situación del reconocimiento de un derecho sustentado únicamente en el criterio evolutivo.

Sostenemos que dicha situación se da porque nuestra Constitución, al hacer explícita la cláusula de *numerus apertus* de los derechos fundamentales, también la limita a ciertos supuestos. Dichos supuestos son los principios de dignidad,

---

<sup>189</sup> Al respecto, ver: SOSA, Juan Manuel. “Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad”. *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. SÁENZ, Luis (Coord.). Lima: Gaceta Jurídica.

soberanía, Estado democrático de derecho y forma republicana de gobierno; los cuales, al momento de reconocer nuevos derechos, pueden ir acompañados del elemento evolutivo.

Pudimos observar cómo es que la interpretación evolutiva implica una herramienta de adecuación de la norma jurídica a la realidad. Esta herramienta, además, está limitada por la literalidad, finalidad y sistematicidad de la norma a interpretarse. También, se pudo determinar cómo es que es posible el utilizar dicha herramienta interpretativa conjuntamente con el artículo 3° de nuestra Constitución, pues se sustentan en principios distintos. Ahora bien, expuesto todo lo anterior, pasemos a realizar una sistematización en torno a cómo puede afectar Internet (las TIC en general) a los derechos fundamentales.

#### **2.4. Derechos no enumerados y uso de la cláusula *numerus apertus***

Aquello que es previsto como fundamental en un determinado momento constituyente no siempre logrará satisfacer las más elevadas necesidades o intereses humanos ni brindará protección adecuada en todos los momentos posteriores. No obstante, se tiene que ser prudentes en torno a la “construcción” de “nuevos” derechos, pues una apertura indiscriminada de nuevos derechos puede ser contrario al principio de rigidez constitucional o a la fuerza expansiva de estos<sup>190</sup>. Por ello, se debe privilegiar el uso de técnicas de interpretación constitucional que, antes que reconocer nuevos derechos, vean la forma en cómo encuadrar las

---

<sup>190</sup> Ídem, pp.109-110.

distintas necesidades humanas en otros derechos preexistentes, si de su naturaleza se desprende y se logre así una ampliación *iusfundamental* de derechos ya existentes previamente.

Para reconocer la existencia de un nuevo derecho fundamental, este debe encontrarse válidamente sustentando en alguno de los supuestos previstos por el artículo 3° de nuestra Constitución y a partir de ello es que se generará el vínculo constitucional directo de dicho nuevo derecho fundamental. En todo caso, para argumentar la existencia de un nuevo derecho fundamental, se tiene que brindar una fundamentación *iusfundamental* correcta que implica una carga argumentativa mayor a la de encontrar contenidos a derechos ya reconocidos previamente que tenga, además, una pretensión de corrección<sup>191</sup>. Es en base a ello que planteamos los siguientes criterios para la determinación de cómo los derechos fundamentales pueden sufrir cambios producto de las tecnologías.

### **3. Derechos digitales: sistematización, concepto y criterios de determinación**

En el presente apartado presentaremos nuestra concepción en torno a cómo es que se relacionan los derechos fundamentales con las TIC. Ello servirá para poder elaborar una metodología que nos permitirá resolver situaciones de conflictos *iusfundamental* en espacios digitales en los que se vean involucrados derechos fundamentales y exista cierto nivel de incertidumbre, en contextos tecnológicos, en torno a derechos o sus contenidos.

---

<sup>191</sup> Ídem., pp. 117-118.

### **3.1. Nuestra sistematización de las dimensiones de cambio de los derechos fundamentales a la luz de las TIC**

A la luz de todo lo expuesto hasta ahora en el presente capítulo, sostenemos que las TIC y los derechos fundamentales se relacionan principalmente de tres maneras. Así, proponemos que las maneras en las que se relacionan son las siguientes:

#### **a) Las TIC como nuevas formas de ejercer un derecho fundamental existente**

En este supuesto no se crean posiciones iusfundamentales nuevas. En efecto, el uso y empleo de las TIC constituyen únicamente una nueva forma de ejercer un derecho fundamental previo. Por ejemplo, este sería el caso de usar las redes sociales para ejercer el derecho de libertad de expresión. En este supuesto, no hablamos de una situación jurídica nueva, lo único que varía es el medio a través del cual se ejerce. Por ello, sostenemos que enunciados como “el derecho a la libertad de información en Internet”, entendiéndolo como un “nuevo derecho” resulta siendo inadecuado.

En efecto, la protección a la inviolabilidad de las comunicaciones también aplica a las comunicaciones realizadas a través de medios electrónicos (email, mensajería instantánea, etc). En este sentido, las garantías y contenidos que se aplican a los mencionados derechos se extienden a las nuevas formas de ejercerlos en medios digitales.

No obstante, cabe llamar la atención que esta nueva forma de ejercer un derecho fundamental puede implicar una potenciación del mismo. De esta manera, puede verse acrecentada la amenaza sobre otros derechos que puedan ser afectados por

dicho potenciamiento. La interpretación en torno a este supuesto, por lo tanto, no puede dejar de tomar en cuenta dicho dato al momento de ser realizada.

**b) Las TIC permiten identificar nuevos atributos o posiciones *iusfundamentales* que son parte del contenido de derechos fundamentales previos**

Dicho enunciado gira en torno a que es posible identificar una situación jurídica cuya tutela adquiere trascendencia debido a las TIC. En efecto, el gran impacto que tienen las TIC en nuestra sociedad trae a relieve situaciones o posiciones que requieren tutela puesto que se tornan necesarias para permitir el normal desenvolvimiento y ejercicio de derechos en Internet.

Estaríamos ante situaciones en las que, “atendiendo al paso del tiempo y a los nuevos requerimientos sociales y humanos, puedan encontrarse ‘nuevas’ normas adscritas que antes no habían sido ‘descubiertas’”<sup>192</sup>. En buena cuenta, estaríamos ante “contenidos nuevos de derechos viejos”<sup>193</sup>.

Un ejemplo de ello entendemos que sería el “derecho a la encriptación”. Este implica la facultad de cifrar las comunicaciones que una persona realice. Nosotros entendemos que este sería una facultad adicional del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. En efecto, el poder encriptar o cifrar las comunicaciones (como es el caso de las comunicaciones realizadas a través de aplicaciones de mensajería instantánea como WhatsApp) se constituiría como un atributo más de dicho derecho. Así, constituiría una garantía del citado derecho el

---

<sup>192</sup> SOSA, Juan Manuel. “Derechos constitucionales no enumerados...”. Op.Cit., p. 113.

<sup>193</sup> STC Exp. N° 0895-2001-AA/TC, f. j. 5.

que no se pueda ordenar la descriptación de una comunicación a no ser que exista orden judicial mediante.

De la misma forma, entenderíamos que la protección de datos digitales (como dirección IP o la geolocalización) son parte del derecho fundamental a la protección de datos personales (o autodeterminación informativa). En efecto, se genera una situación jurídica según la cual se reclama la tutela de unos datos específicos que nacen exclusivamente de la inserción de las TIC en nuestra sociedad.

Las garantías y distintos mecanismos de protección de los derechos en los que estas nuevas situaciones jurídicas se insertan se extenderían a estas. Eso sí, se tendría que tener en cuenta las particularidades de las TIC y de los distintos entornos digitales sobre los cuales dichas posiciones jurídica se desenvuelven.

**c) Las TIC permiten identificar posiciones iusfundamentales autónomas que generan nuevos derechos**

Este último supuesto es el que desvela un mayor impacto de las TIC en la sociedad y, por lo tanto, mayores complejidades en torno a su entendimiento y desarrollo doctrinal. Para argumentar la existencia de nuevos derechos es imperativo, en primer lugar, explicar el rol que tienen los valores y principios constitucionales en los cambios sociales actuales.

Tal como lo indica DÍAZ REVORIO<sup>194</sup>, el sistema constitucional de valores debe ser base suficiente para incluir la protección de las nuevas necesidades y situaciones generadas por los avances científicos y tecnológicos. En este sentido, la

---

<sup>194</sup> DÍAZ, Francisco. “La Constitución ante los avances científicos...” Op. Cit., pp. 213-214.

Constitución, en tanto norma suprema del Estado, incluye valores y principios fundamentales los cuales, por factores sociales, económicos, culturales, científicos o tecnológicos, deberían ser adaptados a las nuevas circunstancias<sup>195</sup>.

De acuerdo a ello, sostiene el mencionado autor<sup>196</sup>, valores que están en la base histórica del constitucionalismo tienen plena validez ante los retos científicos y tecnológicos actuales. Estos valores y principios son los de separación de poderes, el principio democrático y el respeto de los derechos humanos –encabezado este último por la dignidad, libertad e igualdad-; no obstante, dichos principios requieren un mayor desarrollo mediante derechos más concretos que “permitan reflejar jurídicamente las respuestas a las nuevas necesidades surgidas de los avances en la actual coyuntura de la globalización”<sup>197</sup>.

En este sentido, creemos que existen posiciones *iusfundamentales* que nacen exclusivamente de entornos digitales y que pueden adquirir relevancia constitucional si tienen una vinculación con los principios del artículo 3°. En efecto, sostenemos la posición que no existe un catálogo de derechos definitivo que sirva para todas partes y en todos los tiempos; todo lo contrario, existe una expansividad de los derechos fundamentales<sup>198</sup>.

Estas posiciones *iusfundamentales* son totalmente distintas a las existentes previamente y no se pueden incorporar a algún derecho fundamental previo. Es aquí donde efectivamente nos encontraríamos ante “nuevos derechos”, o, cabe decir,

---

<sup>195</sup> DÍAZ, Francisco. *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances...* Op. Cit. p. 15.

<sup>196</sup> Ídem., p. 32.

<sup>197</sup> Íbidem.

<sup>198</sup> CANOSA, Raúl. Op. Cit., p. 72.

“derechos digitales”. Esto, pues, deben su existencia al desarrollo e impacto de Internet en nuestra sociedad.

Consideramos que un ejemplo de dicho derecho sería, por ejemplo, el derecho de acceso a Internet. En efecto, la posición *iusfundamental* que se buscaría tutelar sería distinta a otras previamente existentes y no podría ser subsumida en algún otro derecho. En este sentido, estaríamos ante un derecho nuevo de Internet propiamente dicho.

Ahora bien, el mencionado reconocimiento de derechos implica resolver una serie de cuestiones previas, a saber: a) la titularidad de los mismos; b) su fundamento jurídico; c) delimitación del contenido y límites; y, d) mecanismos de tutela del mismo<sup>199</sup>.

Por otro lado, si el reconocimiento de dichos derechos se realiza legislativamente, es importante que existan mecanismos judiciales efectivos para protegerlos adecuadamente<sup>200</sup>. Caso contrario, el proceso legislativo fallaría en proteger adecuadamente dichos derechos<sup>201</sup>.

También es importante recalcar que si se reconocen derechos fundamentales digitales, podría resultar necesario el reconocer el acceso a las tecnologías de la información y comunicación como un derecho fundamental también<sup>202</sup>. Caso contrario, se generaría un grupo privilegiado de ciudadanos que podrían ejercitar estos derechos (los que tienen acceso a las TIC), mientras que habría otro grupo

---

<sup>199</sup> DÍAZ, Francisco. “La Constitución ante los avances científicos...” Op. Cit., pp. 212-213.

<sup>200</sup> MANN, Monique; DALY, Angela; WILSON, Michael; SUZOR, Nicolas. Op. Cit., p. 3.

<sup>201</sup> *Ibidem*.

<sup>202</sup> DÍAZ, Francisco. *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances...* Op. Cit. pp. 20-21.

de ciudadanos que no podría, materialmente, ejercer un derecho fundamental específico. En este sentido, si se quiere seguir resguardando el principio/derecho de igualdad, cabe reflexionar sobre ello.

Finalmente, sostenemos que cuando hablamos de nuevos derechos, sostenemos que se puede diferenciar entre derechos digitales propiamente dichos y derechos cuyo reconocimiento se tornó visible gracias a las TIC (impropios). Explicaremos dichos conceptos a continuación:

- a) **Derechos digitales propios:** Son aquellos cuyo reconocimiento se debe a la preeminencia de las TIC en la sociedad y cuyo ejercicio depende necesariamente de estas. Este sería el caso, por ejemplo, del discutido derecho de acceso a Internet: su reconocimiento se debe únicamente a las TIC (sin estas no se podría discutir siquiera este derecho) y su ejercicio depende únicamente de estas tecnologías.
- b) **Derechos digitales impropios:** Son aquellos que, si bien su reconocimiento se dio gracias al impacto de las TIC en la sociedad, su ejercicio no es exclusivo de entornos digitales y no depende necesariamente de este. Un ejemplo de este tipo de derechos sería el derecho a la autodeterminación informativa (o a la protección de datos). Su reconocimiento se dio<sup>203</sup> gracias al peligro que implicaba el procesamiento informático de datos de manera masiva, ante lo cual era necesario reconocer la potestad de las personas de disponer de la información relativa a ella (sus datos personales).

---

<sup>203</sup> Aunque, en un principio, esto se dio como manifestación del derecho a la intimidad.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la creación de bases de datos y el registro de información de personas por parte del Estado como de privados siempre se dio en la historia. En efecto, antes de la así llamada revolución digital, dicho registro y almacenamiento se daba en medios manuales (a través del uso ficheros físicos, legajos, etcétera). Ahora bien, esto no implica que la potestad de disponer de nuestros datos no hubiese sido importante de manera previa a la revolución digital; sino que las transformaciones que introdujeron las TIC en la sociedad hicieron necesario dicho reconocimiento. Esto es cierto en la medida que, tal como lo indica el artículo 2° inciso 6 de nuestra Constitución, podemos ejercer dicho derecho ante bases de datos tanto informáticas como las que no lo son.

Ahora bien, sostenemos que dicha diferenciación va más allá de una clasificación metodológica. Cuando nos enfrentamos al reconocimiento de derechos digitales fundamentales propiamente dichos, se tendría que tener en cuenta previamente un derecho de acceso a las TIC para no vulnerar el principio/derecho a la igualdad, como sostuvimos previamente. Por el contrario, el reconocimiento de derechos fundamentales digitales impropios no implicaría necesariamente dicha problemática, pues su ejercicio es indistinto sobre si se realizará en medios digitales o no. Además, cuando estemos frente a derechos digitales propios cabría traer a colación principios propios de los entornos digitales con mayor intensidad: como el de la participación de los múltiples sectores involucrados.

En definitiva, a grandes rasgos, es posible identificar tres formas en las que se relacionan los derechos fundamentales y las TIC. La primera, como una manifestación de un derecho previo en entorno digitales; la segunda, incorporando un contenido extra a un derecho fundamental previo; y, la tercera, generando el reconocimiento de nuevos derechos. Sobre este último se generan problemáticas como el de fundamentar su existencia en valores constitucionales; así como identificar su titularidad, contenido y sus mecanismos de tutela. Además, sobre este último supuesto, es posible diferenciar entre derechos digitales fundamentales propio e impropios; siendo ello importante porque se podría discutir la necesidad de un derecho fundamental de acceso a las TIC previamente para poder ejercer un determinado derecho digital fundamental.

Finalmente, un problema adicional que identificamos y el que mayores dificultades genera es el referido a determinar cuándo estamos ante una posición *iustificada* que es parte de un derecho fundamental previo o estamos ante una que constituye un nuevo derecho. En este sentido, creemos que se torna imperativo el encontrar los criterios para determinar cuáles situaciones jurídicas pueden ser nuevos derechos, las mejores vías para su reconocimiento jurídico-constitucional y el precisar sus elementos esenciales<sup>204</sup>. Respecto a lo primero será de lo que nos ocuparemos a continuación.

---

<sup>204</sup> DÍAZ, Francisco. *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances...* Op. Cit. P. 32.

#### **4. Propuesta de criterios para la determinación de existencia de un nuevo derecho digital fundamental**

Somos de la idea que Internet hace que conductas o situaciones jurídicas previas sean realizables en medios digitales. En este sentido, situaciones o principios jurídicos que sean exclusivos de Internet serían los menos, estando abierta la posibilidad de subsumir situaciones de relevancia constitucional en derechos preexistentes. En este sentido, la tarea principal sería la de adaptar o entender los derechos fundamentales actuales al entorno digital más que identificar nuevos derechos y sus respectivas formas de tutelas.

De esta manera, teniendo en cuenta lo desarrollado por SOSA<sup>205</sup> sobre el particular, y enfocados en lo referido a los derechos digitales, sostenemos que el empleo del artículo 3° de nuestra Constitución, al momento de analizar derechos fundamentales, sería requerido únicamente en la medida que no sea posible encuadrar las situaciones o posiciones de tutela constitucional en derechos ya existentes. En este sentido, creemos que al enfrentarnos a una conducta o situación jurídica en Internet que requiera tutela constitucional, se debería de realizar un análisis de su encuadramiento conforme a lo que se desarrolló en el apartado previamente desarrollado. Así, ante ello, nosotros proponemos la siguiente metodología de análisis:

---

<sup>205</sup> SOSA, Juan Manuel. “Derechos constitucionales no enumerados...” Op. Cit., pp. 120-129. El mencionado autor desarrolla criterios para la construcción de derechos fundamentales no positivizados, a saber: su fundamentalidad, su singularidad y configuración como derechos específicos (especificidad), y su conformidad o adecuación constitucional.

- 1) Analizar si dicha situación no es una manifestación de un derecho fundamental en medios digitales.
- 2) Si no es una manifestación de un derecho en medios digitales, identificar cuál es la situación jurídica que se pretende tutelar y si esta puede ser subsumida dentro del ámbito de tutela de otro derecho fundamental.
- 3) Ante la imposibilidad de encuadrar dicha conducta en otro derecho fundamental, recién empezar su construcción como un nuevo derecho fundamental.

Ahora bien, creemos que respecto del punto 2 y 3 es donde más dificultades interpretativas se generan. En primer lugar, si las mencionadas posiciones jurídicas requieren ser fundamentalizadas, es imperativo argumentar en torno a la relevancia constitucional de las mismas. Respecto de aquellas que constan en el punto 2), sostenemos que cabría argumentar su necesaria vinculación y subsunción en el derecho fundamental en cuyo contenido se pretende incluir y, a su vez, utilizar el elemento evolutivo en la interpretación. Por otro lado, respecto al punto 3), es imperativo fundamentar su trascendencia constitucional argumentando su desarrollo y vinculación con los principios consagrados en el artículo 3° de nuestra Constitución y utilizar el elemento evolutivo de ser necesario.

Otro punto a tomar en cuenta es, asimismo, aquellos criterios que orienten la respuesta hacia la siguiente pregunta: ¿cuándo nos encontramos ante una simple manifestación de un derecho, ante un nuevo contenido de un derecho fundamental previo o ante un nuevo derecho? Para responder esta pregunta, consideramos que los criterios a tomarse en cuenta pueden ser, entre otros:

- Si la situación jurídica se ve reforzada o se permite un mejor ejercicio a través de las TIC.
- Si el despliegue o ejercicio de la situación jurídica requiere necesariamente del uso y acceso a las TIC.
- Si su ejercicio en mecanismos análogos (o manuales) le resta eficacia o lo desnaturaliza.
- Si no es concebible su ejercicio o la existencia de este antes de la revolución digital que transformó nuestra sociedad.

De acuerdo con ello, mientras más respuestas afirmativas se planteen a dichos enunciados, más posible será que estemos ante un nuevo derecho fundamental. De lo contrario, será más posible que estemos ante un nuevo contenido de un derecho fundamental preexistente o ante una simple manifestación de un derecho fundamental en línea.

En suma, es posible concluir que, al momento de enfrentarnos ante una situación jurídica constitucional cuyo problemática gira en torno a Internet, cabe realizar una interpretación prelativa en torno a determinar a) si es manifestación de un derecho en entornos digitales, b) si es un nuevo contenido de un derecho previamente existente y c) si es un nuevo derecho. Ante ello, planteamos ciertos criterios referidos a cuán vinculada está la nueva posición *iusfundamental* con las TIC que permitirán identificar la pertenencia de una situación jurídica a una u otra categoría de las enunciadas.

Como pudimos apreciar, en el presente capítulo expusimos cómo es que en la evolución y desarrollo de Internet participaron los sectores académicos, privados, de los Estado y de la sociedad civil. Esta participación dio forma a los Foros de Gobernanza: foros realizados en el seno de Naciones Unidas que tiene como objetivo el tomar decisiones sobre el futuro de Internet tomando en cuenta la participación horizontal de todos los actores involucrados. Asimismo, pudimos apreciar que Internet, en tanto tiene plasmación en infraestructura física que existe dentro de los territorios estatales, no está exento del control del Estado y la problemática gira en torno a cuánto y cómo regular. De esta manera, los principios y valores del constitucionalismo contemporáneo no dejan de tener vigencia, teniendo ello su plasmación en lo que denominamos Constitucionalismo digital.

El Constitucionalismo digital, como rama del Derecho Constitucional, se encarga de estudiar el ejercicio y la delimitación del poder político en espacios digitales, así como el ejercicio de derechos fundamentales y las técnicas de interpretación para resolver conflictos constitucionales en espacios digitales. Parte del Constitucionalismo digital es la categorización que se puede realizar de los derechos fundamentales frente a las TIC: como manifestación nueva de un derecho preexistente, como contenido adicional de un derecho anterior o como un derecho fundamental nuevo. Asimismo, el nivel de vinculación que tiene un derecho fundamental con las TIC nos podrá dar luces en torno a identificar derechos digitales. Los criterios expuestos en el presente capítulo nos permitirán dilucidar situaciones de conflicto o incertidumbre constitucional en los que derechos fundamentales se vean involucrados dentro del marco del Constitucionalismo digital.

Expuesta una de las problemáticas que aborda el presente trabajo de investigación, pasemos a estudiar la segunda: la transparencia y el derecho de acceso a la información pública.

## **Capítulo II**

### **El principio constitucional de transparencia y el derecho de acceso a la información pública en el Perú**

Qué duda cabe que hoy en día lo referido a la transparencia en el actuar del Estado es uno de los ejes medulares en las discusiones en torno a la reforma del Estado. Ello, más aún, en el contexto regional actual donde números casos de corrupción internacional afectan, incluso, los sistemas constitucionales de los países latinoamericanos, entre los cuales sobresale el caso peruano. Es en este contexto que discutir de transparencia y de acceso a la información pública se torna trascendental: qué herramientas ofrecen los ordenamientos jurídicos para procurar un actuar más diáfano de los funcionarios públicos.

Incluso más, la situación de pandemia a causa de la Covid-19 también trae consigo problemática a la cual resulta imperativo brindarle respuesta. Ante la imposibilidad de movilidad personal y la imposibilidad de que los funcionarios asistan regularmente a las entidades públicas ¿Cómo se garantiza la satisfacción al

derecho de acceso a la información pública? ¿Un Decreto Supremo que limita o restringe la libertad de circulación, de manera indirecta, también limita y/o restringe el derecho de acceso a la información pública? ¿Qué papel juegan las TIC en la satisfacción de dicho derecho? ¿Cómo se garantiza la accesibilidad a los datos públicos generados a partir de la pandemia? ¿Qué rol juega o puede jugar la sociedad civil respecto a dichos datos? Estas son preguntas que surgen en el contexto actual y a las que se espera brindar ideas preliminares para su reflexión en el presente capítulo y el siguiente.

De acuerdo con ello, en el presente capítulo abordaremos el estado de la cuestión del principio constitucional de transparencia y del derecho de acceso a la información pública en el Perú. En primer lugar realizaremos un acercamiento al principio de transparencia: brindaremos una definición y expondremos la fundamentación constitucional de este principio. Asimismo, expondremos el desarrollo legal y jurisprudencial del mismo en nuestro país; y también realizaremos lo propio en lo referido a cómo este ha sido recogido en instrumentos internacionales y en la jurisprudencia interamericana. Teniendo ello en cuenta, abordaremos la relación entre el principio de transparencia y el Estado: cómo se relacionan y qué tipo de actuaciones requiere el primero sobre este último.

El segundo punto de desarrollo del presente capítulo está dedicado al derecho de acceso a la información pública. Se dará a conocer su regulación constitucional y legal y el desarrollo jurisprudencial constitucional del mismo. De la misma manera, expondremos cómo ha sido recogido el mencionado derecho en el ámbito interamericano. Finalmente, se realizará una diferenciación del derecho de acceso

a la información pública con otros derechos: el derecho de petición y el derecho a la información (o libertad de información). Terminaremos el Capítulo II del presente trabajo de investigación presentando nuestra posición sobre cuál es el contenido del derecho de acceso a la información pública y su concepto.

## I. En torno al principio constitucional de transparencia

Decía KANT que “[t]odas las acciones referidas al derecho de otros seres humanos que no sean compatibles con la publicidad son injustas”<sup>206</sup>. Así, en lo que refiere al Derecho Público, el mencionado filósofo sostenía que la publicidad de las pretensiones jurídicas puede brindar un criterio *a priori* para que se pueda determinar la legalidad de dicha pretensión. En buena cuenta, argumentaba que, para poder determinar si un acto de Derecho Público era justo o no, cabría analizar si este, dejando de lado el secretismo, podía ser público. Así, estimaba que si un actuar público, para que no frustrase su propósito, tenía que ser necesariamente secreto, era injusto<sup>207</sup>.

[U]na máxima que no quepa *explicitar* sin frustrar al mismo tiempo mi propio propósito y que por lo tanto haya de permanecer **|** *secreta* para tener éxito, de modo que no me quepa *confesarla públicamente* sin suscitar indefectiblemente con ello la oposición de todos contra mi designio, es una máxima cuya iniquidad se reconoce *a priori* gracias a esa necesaria y universal reacción de todos en mi contra motivada por la injusticia con que se ve amenazado cada cual.<sup>208</sup>

Dicho enunciado, más que un principio ético, KANT lo consideraba un principio jurídico; pero uno meramente negativo. Es decir, sirve para reconocer qué es lo que

---

<sup>206</sup> KANT, Immanuel. *Hacia la paz perpetua. Un diseño filosófico*. Trad. ARAMAYO, Roberto. Madrid: Alamada, 2018, p. 122. <<https://ctkebooks.net/wp-content/uploads/2018/10/HACIA-LA-PAZ-PERPETUA.pdf>>

<sup>207</sup> Ídem., pp. 121 - 122.

<sup>208</sup> Íbidem.

no es justo (aquello que no puede ser público), mas no para determinar qué es lo justo. Esto último porque “quien detenta un poder absoluto a veces no necesita mantener en secreto sus máximas”<sup>209</sup>.

De esta manera, podemos ver cómo dicho filósofo sostiene, en una etapa histórica de transición de regímenes, que el actuar del Estado tiene que estar de acuerdo con el principio de publicidad (tiene que ser público), para que sea justo. Así, si se va a tomar una decisión política, y esta solo puede ser exitosa manteniéndola en secreto, sería una decisión injusta.

Como bien sostiene LUQUE<sup>210</sup>

Si hacemos una revisión histórica de la relación entre poder e información, hayamos que en la concepción antigua, el poder no debe ni tiene que ser visible porque no surge de una relación del gobernante con el pueblo; al contrario, el poder encuentra su justificación en la sola voluntad del soberano o en su misteriosa relación con la divinidad, a la cual no pueden acceder los demás. El poder real debería más bien semejarse al más perfecto de todos los poderes, el poder divino expresado en un detentador que puede vernos a todos en todo momento pero al cual ninguno ha podido ver.

Esta visión que propugna KANT es contraria a los planteamientos esbozados por Maquiavelo y sus discípulos en la época del Renacimiento en torno a la gestión de la cosa pública. En efecto, se sostenía que lo más prudente, para el gobernante, era mantener cierta información resguardada en secreto porque “No hay ningún príncipe tan débil y carente de sentido como para llegar hasta el punto de someter

---

<sup>209</sup> Ídem., p. 32.

<sup>210</sup> LUQUE, Martín. “El derecho de acceso a la información pública documental. Una propuesta de transparencia para la democratización”. *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, N° 8, 2002, p. 638.

a juicio del público lo que a duras penas permanece en secreto si se confía al oído de un ministro o de un favorito”<sup>211</sup>.

Sostenía también, por otro lado, que si un actuar solo puede tener éxito siendo público, este sería un actuar justo<sup>212</sup>. Esto porque dicho actuar sería conforme “al fin general del público, la felicidad, con lo cual coinciden con la auténtica tarea de la política, cual es la de que el público esté contento con su situación”<sup>213</sup>.

Así, podemos observar cómo es que a finales del S. XVIII, Immanuel KANT concibe la necesidad de la publicidad (y/o transparencia) del Estado para que este pueda ser reconocido como mínimamente justo. Esto, en la medida que, tal como lo señala MORALES, “hacer pública la información pública es, más que una obligación, una tautología”<sup>214</sup>. Dicha máxima ha ido incorporándose progresivamente en los sistemas jurídicos conforme el Estado dejaba atrás el Antiguo Régimen y, siglos después, optaba por sistemas democráticos constitucionales.

Como bien indica FERNÁNDEZ,

En el principio fue el secreto, un secreto que empezó a abrir brecha hace poco más de un siglo el derecho de defensa de quienes son parte de un procedimiento administrativo determinado.

A esa apertura inicial de los expedientes administrativos (...) se sumó en la segunda mitad del pasado siglo la idea de participación.

(...)

---

<sup>211</sup> MEINECKE, Frederick. *La idea de la Razón de Estado en los Tiempos Modernos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 137. Citado por LUQUE, Martín. Op. Cit., pp. 639-640.

<sup>212</sup> Así, su formulación fue: “Todas las máximas que requieran de la publicidad para no frustrar su propósito coinciden unánimemente con el derecho y la política” Ídem., p. 127.

<sup>213</sup> Íbidem.

<sup>214</sup> MORALES, José. “Transparencia: derecho fundamental y antídoto contra la corrupción”. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Vol. 55, 2015 p. 35

De esta información específica hemos pasado en las dos últimas décadas al reconocimiento de un derecho general a solicitar y obtener de la Administración la información de todo tipo que ésta almacena en sus archivos y registro (...) fuera del marco de un procedimiento administrativo determinado<sup>215</sup>.

Es posible apreciar, de esta manera, cómo es que a partir de una inicial apertura de acceder al expediente administrativo (en un procedimiento administrativo específico), se avanzó hacia una concepción de la transparencia como principio rector de la actividad pública en general<sup>216</sup>. Hoy en día la concepción que se tiene de bajo qué premisas se tiene que manejar la cosa pública tiende a optar por una posición de máxima transparencia y publicidad. Es por ello que se ha reconocido, conforme desarrollaremos posteriormente, al principio de transparencia como un principio constitucional.

En este apartado desarrollaremos el contenido del principio constitucional de transparencia y su concretización en el derecho de acceso a la información pública. Así, en primer lugar, se buscará dar una definición de dicho principio para, posteriormente, exponer su reconocimiento normativo y jurisprudencial. Finalmente, daremos a conocer cómo se relaciona el Estado con el principio de transparencia y qué actuaciones requiere este de aquel: la transparencia pasiva y la transparencia activa.

---

<sup>215</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. "El acceso de los ciudadanos a la información pública. Del derecho individual de defensa al principio general de transparencia". ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef (coord.) *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2012, p. 165.

<sup>216</sup> Íbidem.

## 1. Definición del principio de transparencia

El principio de transparencia es de aquellos principios sobre los cuales es posible tener una idea sobre qué puede significar pero no se suele contar con una definición meridianamente clara del mismo. El Tribunal Constitucional peruano, tal como veremos posteriormente, no ha contribuido en esclarecer este panorama, pues no brindó hasta el momento una definición clara de dicho principio. Antes bien, ha establecido qué acciones requiere del Estado dicho principio, para qué puede servir, qué garantiza o las obligaciones respecto de la información a brindar<sup>217</sup>.

Es por ello que cabe recurrir a la doctrina para poder lograr una formulación de dicho principio. Así, SPANO<sup>218</sup> sostiene que el principio de transparencia pretende “que la función pública deba estar visible” y es un “mandato de hacer público un conjunto de datos sobre las distintas entidades públicas” e implica abrir los asuntos públicos manejados por el Estado al escrutinio de la ciudadanía. Por otro lado, ARROYO, citando al Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México (INFOEM) lo define como la obligación “que tienen los servidores públicos para proporcionar a toda persona (...) la información que se deriva de las funciones que desempeña”<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Ver STCs: Exp. 009-2007-AI/TC; Exp. 1797-2002-PHD/TC; Exp. 4865-2013/PHD/TC; Exp. 0565-2010/PHD/TC.

<sup>218</sup> SPANO, Pedro. “El principio de transparencia de la gestión pública en el marco de la teoría del buen gobierno y la buena administración. La transformación de la Administración Pública para la tutela de los derechos fundamentales a propósito de la provincia de Santa fe”. *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, N° 1, Ene/Jun 2016, p. 237.

<sup>219</sup> ARROYO, Alfonso. “Seguridad jurídica para una nueva gobernanza territorial”. FERNÁNDEZ DE LOSADA, Agustín y SERRANO, Claudia (coord.) *Descentralización, transparencia y seguridad jurídica en América Latina y Europa*. Instituto Nacional de Administración Pública: Madrid, 2014, p. 157.

UGALDE sostiene que la transparencia implica “la práctica de colocar la información –del gobierno- en la vitrina pública para que aquellos interesados puedan revisarla, analizarla, y, en su caso, usarla como mecanismo para sancionar en caso haya anomalías en su interior”<sup>220</sup>. La transparencia es, para LIZACANO<sup>221</sup>, la cualidad de ser claro, honesto y abierto en la divulgación de información, normas, planes, procesos y acciones.

ISENSEE y MUÑOZ<sup>222</sup> sostienen que el principio de transparencia implica un deber de actuar diáfano y cristalino por parte del Estado y la posibilidad de exigir legalmente un modo de actuar transparente con la finalidad de conocer el actuar de las distintas entidades. DEL PIAZZO<sup>223</sup>, para dotar de contenido a dicho principio, utiliza una analogía: la transparencia implica dejar ver el actuar de la Administración como a través de un cristal.

En definitiva, el rasgo común a todas las definiciones antes esbozadas es el siguiente: un actuar del Estado orientado a poner al alcance del pueblo la información que este posea. De acuerdo con ello, podemos ensayar una definición de dicho principio. Así, a nuestro parecer, el principio de transparencia es aquel según el cual el actuar del Estado está orientado a poner en conocimiento de todos toda aquella información que posea o produzca.

---

<sup>220</sup> UGALDE, Luis Carlos. *Rendición de Cuentas y Democracia en México*. México: Instituto Federal Electoral, 2002, p. 17.

<sup>221</sup> LIZACANO, Jesús. “Transparencia”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 3, setiembre-febrero, 2013, p. 161.

<sup>222</sup> ISENSEE, Carlos. y MUÑOZ, Jorge “El derecho (fundamental) de acceso a la información pública como principio (de transparencia)”. *Derecho y Justicia*, N° 3, 2013, p. 50.

<sup>223</sup> DEL PIAZZO, Carlos. “Control social de la administración y transparencia”. *Ius Publicum*, N° 11, 2003, p. 46.

## **2. Reconocimiento y fundamentación constitucional del principio de transparencia**

El principio de transparencia no está reconocido de manera específica en nuestra Constitución como principio autónomo que guíe todo el actuar del Estado. En efecto, en el artículo 155<sup>224</sup> de la Constitución, referido a los Miembros de la Junta Nacional de Justicia, se indica que el procedimiento para la selección de los Miembros de dicha junta “brinda las garantías de probidad, imparcialidad, publicidad y transparencia”. También la Constitución regula lo referido a la transparencia en los partidos políticos: en el origen de sus recursos y su funcionamiento<sup>225</sup>. Por lo tanto, como podemos observar, se carece de un reconocimiento explícito de la transparencia como principio rector de toda actividad estatal.

No obstante, la transparencia se encuentra implícita como mandato para todo el Estado en nuestra carta constitucional. En efecto, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional:

Se trata de un principio de relevancia constitucional implícita en el modelo de Estado Democrático y social de Derecho y la fórmula republicana de gobierno a que aluden los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución. Ahí donde el poder emana del pueblo, como señala la Constitución en su artículo 45°, éste debe ejercerse no solo en nombre del pueblo sino de cara a él<sup>226</sup>.

La fundamentación teórica del principio de transparencia “descansa en la legitimidad democrática en el ejercicio del poder público y la soberanía. El pueblo tiene el derecho a ser informado de la actuación de los entes, órganos y funcionarios

---

<sup>224</sup> Modificado por el Artículo Único de la Ley N° 30904, publicada el 10 enero 2019.

<sup>225</sup> Artículo 35 de la Constitución.

<sup>226</sup> STC. Exp. 6070-2009-PHD/TC, f.j. 5.

públicos, puesto que, los sujetos que los legitiman deben controlar y fiscalizar el poder ejercido a nombre y por cuenta de éstos<sup>227</sup>. De esta manera se puede construir el principio de transparencia a partir de otros principios constitucionales recogidos en nuestra Constitución.

Así, cualquier forma de gobierno que se considere democrática debe contar con políticas públicas y mecanismos jurídicos que establezcan y garanticen la efectividad de la transparencia: es, pues, un elemento esencial de las democracias contemporáneas<sup>228</sup>. De acuerdo con RÚA, “el principio de transparencia casi que aparece como condición de satisfacción del principio democrático”<sup>229</sup>. En buena cuenta, el principio de transparencia debe inspirar e informar la estructuración y funcionamiento de todo el aparato público y este es exigible a todo ordenamiento jurídico avanzado<sup>230</sup>.

En este sentido, ESPINOSA - SALDAÑA sostiene que “si entendemos a la democracia como una forma de ejercer el gobierno estatal en función a decisiones mayoritarias que no excluyen el respeto de lo planteado por sectores minoritarios,

---

<sup>227</sup> JINESTA, Ernesto. *Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa* (s/f), p. 4.

<[http://www.ernestojinesta.com/\\_REVISTAS/TRANSPARENCIA%20ADMINISTRATIVA%20Y%20DERECHO%20DE%20ACCESO%20A%20LA%20INFORMACI%C3%93N%20ADMINISTRATIVA%20-%202004.PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/TRANSPARENCIA%20ADMINISTRATIVA%20Y%20DERECHO%20DE%20ACCESO%20A%20LA%20INFORMACI%C3%93N%20ADMINISTRATIVA%20-%202004.PDF)>

<sup>228</sup> CANALES, David Alonso. *Transparencia y rendición de cuentas en una democracia constitucional. De la necesidad de crear un Tribunal Federal de Fiscalización Superior para México*, s/f, pp. 5-9.

<[http://www.infodf.org.mx/nueva\\_ley/22/7/DavidAlonsoCanalesVargas.pdf](http://www.infodf.org.mx/nueva_ley/22/7/DavidAlonsoCanalesVargas.pdf)>

<sup>229</sup> RÚA, Carlos. “Aproximación hermenéutica al principio de transparencia”. *Revista Republicana*. Núm. 17, julio – diciembre, 2014, p. 114

<sup>230</sup> SENDÍN, Miguel. “Transparencia y acceso a la información pública”. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime y SENDÍN, Miguel. Comares: Granada, 2014, p. 99.

ello es imposible si no existe un mínimo acceso y manejo de información”<sup>231</sup>. En efecto, en tanto se permite que un grupo minoritario acceda a la información bajo la cual se toman decisiones que puedan afectarlo, se permite que este controle los poderes públicos a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico pueda poner a su disposición. También es un control para la discrecionalidad estatal y para que las decisiones adoptadas no estén sustentadas en prejuicios o creencias que puedan afectar los grupos minoritarios.

La transparencia constituye además un requisito para cualquier clase de participación; no puede haber una decisión consciente del electoral si no existe un conocimiento previo y lo más perfecto posible de los asuntos públicos, ni de la actuación de los detentadores del poder; no se puede decidir si se desconoce sobre qué se está decidiendo.<sup>232</sup>

Podemos observar, entonces, cómo es que se concibe a la transparencia como uno de los pilares del sistema democrático y republicano de gobierno<sup>233</sup>. Para que exista una democracia verdadera, los ciudadanos deben ser capaces de poder conocer qué hacen los poderes públicos y cómo lo hacen para, en base a ello, poder valorar la actividad de estos<sup>234</sup> y tomar decisiones en torno a ello.

El fundamento del principio constitucional de transparencia es el modelo democrático y republicano del Estado peruano. Lo público debe ser, por esencia, público y su manejo debe ser cognoscible por todos. A partir de ello es que se podrá realizar, por un lado, una correcta fiscalización de la gestión pública; y, por otro lado, una toma de decisión más informada respecto de las personas elegidas para dicha

---

<sup>231</sup> ESPINOSA – SALDAÑA, Eloy. *El derecho de acceso a la información pública en Iberoamérica*. “El derecho de información en el Perú: luces, sombras y algunos retos por afrontar”. Arequipa: Adrus, 2009, pp. 253 - 254.

<sup>232</sup> LUQUE, Martín. Op. Cit., p. 645.

<sup>233</sup> SPANO, Pedro. Loc. Cit., p. 227.

<sup>234</sup> CAMISÓN, José Ángel. Loc. Cit., p. 133.

gestión. Ahora bien, expuesto el sustento constitucional del principio de transparencia, expondremos su desarrollo legislativo y jurisprudencial en nuestro país.

## **2.1. Desarrollo legal y jurisprudencial del principio de transparencia en el Perú**

El principio constitucional de transparencia, recogido en la Constitución para ámbitos específicos como la elección de miembros de la Junta Nacional de Justicia o la financiación de partidos políticos, y de manera implícita para todo el actuar estatal, tiene desarrollo legal directo en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública es la norma que amplía sus contenidos. De la misma manera, los distintos procesos de hábeas data han dado lugar a que el Tribunal Constitucional emita amplia jurisprudencia en torno a este principio. Estos puntos serán abordados a continuación.

### **2.1.1. Desarrollo legal**

La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo Título Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS, genera el marco legal del principio de transparencia en nuestro ordenamiento jurídico. Así, esta norma tiene como finalidad, entre otros, el promover la transparencia de los actos del Estado<sup>235</sup>. Así, se brinda el marco de aplicación: las entidades públicas. Por lo tanto, todo lo que desarrolla la ley es exigible al total del cuerpo estatal.

De otro lado, el artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Decreto Supremo N° 021-2019-JUS) establece

---

<sup>235</sup> Artículo 1 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

que “El Estado adopta medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en la actuación de las entidades de la Administración Pública”. De esta manera, positiviza una obligación estatal: la de garantizar y promover la transparencia en su actuar. Otra disposición normativa que recoge expresamente el principio de transparencia se ubica en su Título IV, en lo referido a la transparencia en el manejo de las finanzas públicas: establece que para lograr mayor transparencia, las entidades deben crear “mecanismos para acceder a la información de carácter fiscal”<sup>236</sup>. De la misma manera, en el Título VI, se establece el marco normativo de la transparencia en las instituciones integrantes del sistema de justicia<sup>237</sup> estableciendo un mínimo de información que estas deben colocar en sus portales de transparencia<sup>238</sup> (hoja de vida del juez, declaración jurada de intereses, relación de visitas, etcétera).

Finalmente, cabe llamar la atención sobre el régimen sancionador establecido en el Título V del mencionado cuerpo normativo, el cual establece las clases de sanciones aplicables a las acciones u omisiones al régimen jurídico de la transparencia y acceso a la información pública<sup>239</sup> (estableciendo una remisión reglamentaria a la tipificación de las infracciones).

Dichos títulos han ido incorporándose gradualmente en la Ley de Transparencia (a través de la Ley N° 27806, el Decreto Legislativo N° 1353 y la Ley N° 30934). Ello da muestra de la intención del legislador de ir ampliando gradualmente el ámbito de

---

<sup>236</sup> Artículo 23 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>237</sup> Artículo 38 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>238</sup> Artículo 39 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>239</sup> Artículo 34 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

aplicación de la ley y la exigencia de transparencia en distintos sectores del Estado (finanzas, sector justicia, etcétera). Asimismo, llama la atención la incorporación de un régimen sancionador, el cual reconoce positivamente obligaciones de transparencia de los funcionarios públicos y garantiza su cumplimiento a través de sanciones administrativas.

En lo que refiere a transparencia, es importante señalar lo desarrollado en el Decreto Legislativo N° 1353, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública, fortalece el Régimen de Protección de Datos Personales y la regulación de la gestión de intereses. Este encarga la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública a la Dirección Nacional de Transparencia y Acceso a Información Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la cual, en lo referido a transparencia, tiene las siguientes funciones (artículo 4):

1. Proponer políticas.
2. Emitir directivas y lineamientos.
3. Supervisar su cumplimiento.
4. Absolver consultas.
5. Fomentar la cultura de transparencia.
6. Supervisar el cumplimiento de la actualización del Portal de Transparencia.

Como podemos apreciar, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública tiene un rol rector en lo que se refiere a transparencia en

nuestro país. Así, en el ámbito administrativo, contamos con una entidad especializada en dicha materia que puede emitir opiniones técnicas sobre el particular.

De otro lado, también podemos que el principio de transparencia también es desarrollado en la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia, Ley N° 30916. En esta se reconoce expresamente a la transparencia como un principio que implica que “[t]oda información que genere, produzca o custodie la Junta Nacional de Justicia, la Comisión Especial, la Secretaría Técnica Especializada tiene carácter público y es accesible al conocimiento de toda persona natural o jurídica, salvo las excepciones establecidas por ley”. También es posible observar que en la Ley N° 30754, Ley Marco sobre Cambio Climático, se reconoce dicho principio bajo el siguiente tenor:

**2.5. Principio de transparencia.** El Estado tiene el deber de poner a disposición toda información de carácter público relacionada con el cambio climático, respetando el derecho de toda persona de acceder adecuada y oportunamente a dicha información sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento, reduciendo las asimetrías de información. El Estado rinde cuentas de su gestión con arreglo a las normas sobre la materia e investiga toda actividad ilegal, publicando sus resultados, salvo las excepciones que establece la ley de la materia.

Por otra parte, cabe indicar también que el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 082-2019-EF, establece que la transparencia es un principio que rige las contrataciones del Estado. Según este, las Entidades deben proporcionar “información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores,

garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad”<sup>240</sup>.

El principio de transparencia goza, pues, de desarrollo infraconstitucional en nuestro país. El TUO de la Ley de Transparencia es, en ese punto, la norma de desarrollo constitucional que aborda dicho principio. Esta norma establece un régimen general para promover y garantizar la transparencia en la Administración Pública, en el Sistema de Justicia, en el manejo de las finanzas públicas, entre otros. Es de resaltar, también, el rol que cumple la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública como ente administrativo especializado en esta materia. También se puede observar cómo es que recientes disposiciones normativas, como la Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia o el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado incorporan dicho principio en su cuerpo normativo. En buena cuenta, dichas leyes, cumpliendo con los presupuestos de un Estado democrático y republicano, buscan abrir y dar a conocer el manejo de la cosa pública a todos.

### **2.1.2. Desarrollo jurisprudencial constitucional del principio de transparencia**

El Tribunal Constitucional peruano, además del fundamento constitucional del principio de transparencia, ha desarrollado también ciertos contenidos relacionados a este. Así, en la sentencia recaída sobre el Exp. 04865-2013-PHD/TC se indicó

---

<sup>240</sup> Artículo 2 literal c del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado.

que el principio de transparencia “es, de modo enunciativo, garantía de no arbitrariedad, de actuación lícita y eficiente por parte del Estado, y sirve como mecanismo idóneo de control en manos de los ciudadanos”<sup>241</sup>. Por otro lado, también se indicó que la transparencia coadyuva a combatir la corrupción y es, a su vez, una herramienta contra impunidad<sup>242</sup>. De la misma manera, el Alto Tribunal también tuvo oportunidad de sostener que la transparencia no implica solamente una serie obligaciones respecto de la información, sino que también impone una serie de obligaciones en lo referido a la gestión pública en general<sup>243</sup>.

En lo que respecta al tipo de información a brindar, el Tribunal Constitucional estimó que la información que crea transparencia es la que es oportuna y confiable; estableciendo, además, los cuatro componentes de una información transparente<sup>244</sup>:

a. *Accesibilidad*.- Accesible es la información que está amigablemente puesta al alcance del ciudadano. Esto supone la necesidad de trabajar la información al interior de las administraciones, por ejemplo, creando índices de búsquedas, o estableciendo archivos de fácil manejo por un ciudadano con educación básica. Hacer accesible la información supone, pues, organizar archivos y establecer estándares mínimos de atención eficiente al pedido de información.

Sobre este componente, podemos resaltar que hace referencia a cómo es que la información tiene que ser accesible para el funcionario público que va a atender un pedido de acceso a la información pública. En buena cuenta, se aborda la obligación

---

<sup>241</sup> F.j. 5.

<sup>242</sup> Exp. 00565-2010-PH/TC, f.j. 5.

<sup>243</sup> Íbidem.

<sup>244</sup> Íbid.

de un archivamiento profesional de la información. Este es un punto relevante pues casi siempre se aborda la accesibilidad desde el lado del ciudadano.

b. *Relevancia.*- La relevancia de la información tiene que ver con los usos de la información en la agenda de las políticas públicas. La información relevante es aquella que impacta o sirve para la toma de decisiones y para el control por parte de los ciudadanos. Por ejemplo, relevante es la información que una Municipalidad pueda brindar sobre sus proveedores y las adjudicaciones que se le han otorgado en un periodo determinado. De este modo la ciudadanía conoce también a las empresas y las calidades con que suelen prestar determinados servicios que tienen carácter público.

En este punto podemos observar que el Tribunal Constitucional desarrolla un ámbito de acceso a la información pública que va más allá del pedido de acceso a la información. Este ámbito es el relacionado, como observaremos posteriormente, con la transparencia activa: la información que las entidades pongan a disposición tiene que ser relevante.

c. *Calidad.*- La calidad de la información en buena cuenta tiene que ver también con la relevancia, pero en este caso se incide en la consistencia de la información. En la posibilidad de que pueda ser contrastada o confirmada. También en esto incide la forma en que es presentada al ciudadano.

Nuevamente, aquí se hace referencia a cómo el Estado tiene que brindar información. No hace referencia a la información que sea solicitada, sino a la que pueda poner a disposición el Estado mismo.

d. *Confiable.*- Se trata aquí, más bien, de una reacción del ciudadano frente a la información disponible en la administración. Confiable es la información que es accesible, relevante y contrastable. En buena cuenta una información confiable es la que brinda una administración transparente y bien organizada. De este modo, las leyes de acceso a la información como ocurre con la Ley N.º 27806 constituyen un instrumento que debe permitir la concretización del principio de transparencia; no obstante, un acceso efectivo y oportuno requiere de acciones de parte de los poderes públicos que permitan el acceso a una información útil,

manejable y sobre todo confiable y oportuna, lo que solo se logra con la transformación de las administraciones hacia un modelo transparente de actuación y gestión.

El Tribunal Constitucional, en este ámbito, desarrolla cuáles son los parámetros que tiene que tener en cuenta el Estado al momento de poner a disposición cierta información. Lo hasta aquí desarrollado sería más de aplicación al ámbito de información a publicar en los portales de transparencia que a las solicitudes de acceso a la información pública.

Finalmente, cabe añadir que la transparencia, debido a su amplio contenido ético y axiológico, legitima la existencia y las competencias institucionales del Estado Constitucional<sup>245</sup>. En este punto es posible observar cómo es que el Tribunal Constitucional peruano coincide con el planteamiento kantiano de la publicidad (o transparencia) como elemento legitimador del actuar estatal.

En definitiva, podemos observar cómo es que el Tribunal Constitucional ha desarrollado el principio de transparencia y lo ha encauzado como uno que sustenta el régimen democrático y que permite el control de las actuaciones del Estado. Así, se logra mayor participación ciudadana y se fortalece la lucha contra la corrupción

Este principio también ha sido desarrollado en distintos instrumentos internacionales y en jurisprudencia supranacional. A continuación expondremos cómo la transparencia ha sido desarrollada a nivel internacional.

---

<sup>245</sup> Exp. 009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados), f.j. 49.

### **3. Instrumentos internacionales y jurisprudencia supranacional**

El principio de transparencia, además de gozar de reconocimiento nacional, también goza de consenso internacional en torno a su aplicabilidad. Tanto a nivel regional como universal distintos documentos, en su mayoría de *soft law*, lo positivizan, estableciendo así obligaciones o actuaciones deseadas de los Estados por la comunidad internacional. A continuación abordaremos estos ámbitos.

#### **3.1. Instrumentos internacionales**

En el ámbito de las Naciones Unidas cabe mencionar, en primer lugar, a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción<sup>246</sup>, la cual fue aprobada por Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003. En esta se menciona que los Estados parte “formulará[n] y aplicará[n] o mantendrá[n] en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios de (...) la transparencia”<sup>247</sup>. Asimismo, se indica en el artículo 10 que los Estados parte deben adoptar “las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su 14 administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones”.

Por otro lado, en el ámbito regional europeo, cabe destacar el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de 2009. Dicho convenio, en su artículo 10, establece que para promover la transparencia las autoridades

---

<sup>246</sup> [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)

<sup>247</sup> Artículo 5 inciso 1.

públicas, por su propia iniciativa, “tomarán las medidas necesarias para poner a disposición de todos los documentos públicos en su poder”.

En el ámbito regional americano es de resaltar, en primer lugar, la Carta Democrática Interamericana, de 11 de setiembre de 2011. En esta se reconoce que “[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad (...)”. Del mismo modo, el artículo 2 de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información, de 29 de abril de 2010, aprobada por la Organización de Estados Americanos, reconoce al principio de máxima publicidad. Asimismo, establece que el Poder Legislativo debe monitorear continuamente la legislación en miras a garantizar que “el gobierno sea transparente, permanezca abierto y accesible a sus ciudadanos y cumpla con el derecho fundamental de acceso a la información”.

Finalmente, es de llamar la atención los distintos documentos que, en el ámbito del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), abordan la problemática en torno a la buena gestión pública. Así, en primer lugar, cabe resaltar la Carta Iberoamericana de la Función Pública<sup>248</sup>. En dicho documento se enuncia como un criterio que inspira la mencionada Carta el de la observancia de los principios éticos del servicio público, la honradez, la transparencia, la escrupulosidad en el manejo de los recursos públicos y los principios y valores constitucionales<sup>249</sup>. En el mismo sentido, posteriormente se enuncia que es un

---

<sup>248</sup> Aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003 y Respaldada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Resolución N° 11 de la “Declaración de Santa Cruz de la Sierra”) Bolivia, 14-15 de noviembre de 2003.

<sup>249</sup> Párr. 7.

principio rector de todo sistema de la función pública el de transparencia, objetividad e imparcialidad<sup>250</sup>.

De otro lado, el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, el cual establece las obligaciones y principios que se tomaron mediante el consenso de Montevideo, de junio de 2006, enuncia como valor que guiará la acción del buen gobierno el de la transparencia<sup>251</sup>. También se enuncia, como regla vinculada a la naturaleza democrática del gobierno, que el Poder Ejecutivo “[i]mpulsará y garantizará el debate público con transparencia”<sup>252</sup>.

De otro lado, en la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico<sup>253</sup> se establece como principio del Gobierno Electrónico

d. *Principio de transparencia y accesibilidad*: garantiza que la información de las Administraciones Públicas y el conocimiento de los servicios por medios electrónicos se haga en un lenguaje comprensible según el perfil del destinatario.

La Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública<sup>254</sup> reconoce como principio inspirador de una gestión pública de calidad el de transparencia y participación ciudadana según el cual “[i]as Administraciones Públicas tienen que ser transparentes en su gestión, abiertas al escrutinio público, tolerantes a la crítica

---

<sup>250</sup> Párr. 8.

<sup>251</sup> Fundamento 3.

<sup>252</sup> Fundamento 7.

<sup>253</sup> Aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Pucón, Chile, 31 de mayo y 1° de junio de 2007 y Adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Santiago de Chile, 10 de noviembre de 2007 (Resolución No. 18 de la Declaración de Santiago)

<sup>254</sup> Aprobada por la X Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado San Salvador, El Salvador, 26 y 27 de junio de 2008 y Adoptada por la XVIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno San Salvador, El Salvador, del 29 al 31 de octubre de 2008 (Resolución No. 25 del "Plan de Acción de San Salvador")

y permeables a las propuestas de mejora y de cambio provenientes de la ciudadanía”<sup>255</sup>. De otro lado, la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública<sup>256</sup> indica que en el marco de la participación ciudadana, la Administración pública propenderá a “[g]arantizar la transparencia en la gestión pública”<sup>257</sup>. También reconoce a la transparencia como un principio que “debe orientar la relación de la Administración con los ciudadanos y las ciudadanas en el manejo de la gestión pública”<sup>258</sup>.

Es importante también resaltar lo que Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado sobre el particular: “los principios de máxima divulgación, publicidad y transparencia también implican un deber básico de recolección, registro y difusión de oficio de información por parte del Estado”<sup>259</sup>. De esta manera, una medida efectiva para hacer vigente el derecho de acceso a la información pública es el hacer pública, de oficio, información con la que cuenta el Estado. Así, si bien las páginas web constituyen un medio que puede hacer que sea de fácil acceso cierta información, este no puede ser el único<sup>260</sup>. La Relatoría, de esta manera, llama la atención sobre el especial papel que juega la transparencia activa en torno al derecho de acceso a

---

<sup>255</sup> Párr. 6.

<sup>256</sup> Aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009 y Adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Estoril, Portugal, 30 de noviembre y 1° de diciembre de 2009 (Resolución No. 38 del "Plan de Acción de Lisboa")

<sup>257</sup> Párr. 34.

<sup>258</sup> Párr. 42.

<sup>259</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, 2007, párr. 116. <<http://cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>>

<sup>260</sup> Ídem., párr. 119-120.

la información pública. Como veremos más adelante, este concepto resulta esencial al principio de transparencia y su relación con el derecho de acceso a la información pública.

Como es posible observar, a nivel de Naciones Unidas, es la lucha contra la corrupción la que impulsa el reconocimiento de la transparencia como un principio que guía el actuar de los Estados. De otro lado, a nivel interamericano, son las distintas Cartas y otros instrumentos internacionales relacionados al buen gobierno y a la buena gestión pública los que, principalmente, reconocen dicho principio. De acuerdo a ello, es posible observar la estrecha relación que existe entre el manejo de la cosa pública y la transparencia: se le reconoce como principio rector, a nivel interamericano, del actuar administrativo del Estado. Finalmente, cabe llamar la atención sobre lo que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desarrolla sobre el principio de transparencia: el hacer público, de oficio, cierta información, constituye una garantía del derecho de acceso a la información pública.

### **3.2. Jurisprudencia interamericana**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha vinculado el principio de transparencia y, con ello, el derecho de acceso a la información pública, con el ejercicio del derecho a la libertad de información. Así, el principal desarrollo que podemos encontrar, en lo relativo a la transparencia, es el realizado a partir del caso

Claude Reyes y otros v. Chile. En la decisión respecto de dicho caso se indica que “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia pública, lo cual hace que las personas ejerzan el control democrático de las gestiones estatales. De esta manera, se podrá cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas”<sup>261</sup>.

Como sabemos, a través de dicha sentencia se reconoce, a nivel de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho de acceso a la información pública. La transparencia, nuevamente, aparece como íntimamente ligada al sistema democrático, en la medida que permitir controlar la gestión de la cosa pública.

De otro lado, también es de resaltar lo dicho en el caso Herrera Ulloa v. Costa Rica<sup>262</sup>:

El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público.

Así, la Corte indicó que la opinión pública puede coadyuvar al control democrático, lo cual es mecanismo de fomento de la transparencia estatal. Es de observar, entonces, que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara la relación entre democracia y transparencia: a través de dejar visible el actuar estatal se permite que se conozca cómo esta se desempeña y así, a través de la libre

---

<sup>261</sup> F.j. 86.

<sup>262</sup> F.j. 127.

formación de la opinión pública, se puede realizar valoraciones y controles y se exigen responsabilidades a los funcionarios públicos.

Hasta este punto hemos podido observar cómo es que el principio de transparencia es fundamental y se relaciona intrínsecamente con el sistema democrático que pueda adoptar un Estado. En buena cuenta, si concebimos al Estado como uno transparente en todo su actuar, los márgenes de discrecionalidad no sujetos a control se ven reducidos porque cada decisión será evaluada, al menos, por la opinión pública.

Ahora bien, cabe indicar que tanto la doctrina como la normativa comparada identifican dos formas a través de las cuales se manifiesta la transparencia: la transparencia pasiva y la transparencia activa. En el siguiente apartado abordaremos ello.

#### **4. La relación del Estado con el principio de transparencia**

Existen, básicamente, dos formas a través de las cuales el Estado puede materializar la transparencia. Una, entregando información cada vez que esta sea solicitada; y, otra, poniéndola a disposición, de oficio, para el total de la población. Estas dos dimensiones de la transparencia han sido recogidas en doctrina como transparencia pasiva y transparencia activa respectivamente

#### **4.1. Transparencia pasiva**

Como bien lo indica SPANO, “la transparencia en su aspecto pasivo implica el derecho de toda persona o institución que posea interés, de solicitar, acceder y recibir en tiempo oportuno, toda la información que obre en el poder de los órganos públicos requerido, con la consiguiente obligación del órgano de proporcionar la información solicitada”<sup>263</sup>. La transparencia pasiva es un mecanismo de acceso a la información pública<sup>264</sup> que permite que a través de una solicitud dirigida a la Administración pública se pueda acceder a la información pública de interés del solicitante.

Este es, pues, el ámbito de la transparencia recogido en la Constitución peruana: su manifestación como derecho de acceso a la información pública. En la medida que el Estado actúa únicamente a instancia de parte es que se entiende que es un ámbito pasivo de la transparencia. Únicamente se activa y se transparenta información a solicitud del interesado. De esta manera, la solicitud de acceso es el instrumento que despliega el actuar estatal de transparentar información.

#### **4.2. Transparencia activa**

La transparencia activa hace referencia al deber de proporcionar activamente información pública, ya sea debido a un imperativo legal o ya sea que se optó por divulgarla deliberadamente<sup>265</sup>. Estamos, pues, ante el supuesto en el que el Estado hace pública información sin la necesidad de que previamente esta haya sido

---

<sup>263</sup> SPANO, Pedro. Loc. Cit., p. 240.

<sup>264</sup> UNIVERSIDAD DE CHILE. *Manual de Transparencia Pasiva*, p. 3  
<[http://www.uchile.cl/documentos/manual-general-de-transparencia-pasiva-pdf\\_142604\\_1\\_2000.pdf](http://www.uchile.cl/documentos/manual-general-de-transparencia-pasiva-pdf_142604_1_2000.pdf)>

<sup>265</sup> ARROYO, Alfonso. Op. Cit., p. 157.

solicitada por alguna persona interesada. Cabe anotar en este punto que esta divulgación hecha de oficio puede deberse a que existe un imperativo legal para ello o que la Administración decide divulgar cierta información a instancia propia.

Similar parecer es el de SPANO:

Por el principio de transparencia activa, las autoridades darán a conocer a los ciudadanos y a los interesados, de forma sistemática y permanente, aún sin mediar petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva tal información.<sup>266</sup>

La transparencia activa es, pues, el derecho de acceso a la información pública en cuanto obligación estatal<sup>267</sup> (de hacerla pública); es decir, el Estado debe hacer pública cierta información como parte de una obligación de transparentarla<sup>268</sup>. En este sentido, el incorporar los preceptos de transparencia activa implica “dar un paso adicional dentro del reconocimiento del derecho de acceso a la información pública, para que todo cuanto pueda afectar la vida de los pueblos ocurra a la luz del sol”<sup>269</sup>.

A nivel de instrumentos internacionales y *soft law* se ha indicado que

El derecho de acceso a la información impone al Estado la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa, por lo menos en cuanto a: (a) la estructura, funciones y presupuesto de operación e inversión del Estado; (b) la información que se requiere para el ejercicio de otros derechos—por ejemplo, la que atañe a la satisfacción de los derechos sociales como los derechos a la pensión, a la salud o a la educación—; (c) la oferta de servicios, beneficios, subsidios o contratos de cualquier tipo; y (d) el procedimiento para

---

<sup>266</sup> SPANO, Pedro. Loc. Cit.

<sup>267</sup> ISENSEE, Carlos y MUÑOZ, Jorge. Op. Cit., p. 57.

<sup>268</sup> TENORIO, Guillermo. “La transparencia administrativa y el derecho de acceso a la información pública como factores primordiales de la función social de la Administración. Revisión comparativa de los puntos de encuentro en Iberoamérica a partir de sus principios rectores”. *Curso de Derecho Administrativo Iberoamericano*, Tomo I, Bogotá: Editorial Ibañez, 2016, p. 464.

<sup>269</sup> MORALES, José. Op. Cit., p. 36.

interponer quejas o consultas, si existiere. Dicha información debe ser completa, comprensible, con un lenguaje accesible y encontrarse actualizada.<sup>270</sup>

En este sentido, la Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión indicaron que “las autoridades públicas deberán tener la obligación de publicar de forma dinámica, incluso en la ausencia de una solicitud, toda una gama de información de interés público”<sup>271</sup>. El Comité Jurídico Interamericano, en Res. 147 de 7 de agosto de 2008, resolvió que el Estado debe difundir información sobre “sus funciones y actividades – incluyendo su política, oportunidades de consultas, actividades que afectan al público, presupuestos, subsidios, beneficios y contratos – de forma rutinaria y proactiva, aún en la ausencia de una petición específica, y de manera que asegure que la información sea accesible y comprensible”<sup>272</sup>.

También la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, previamente citada, respecto de la transparencia activa, indica que “[e]l Estado pondrá a disposición, sin que necesariamente medie solicitud de los ciudadanos y

---

<sup>270</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2010. párr. 32. <<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%20da%20edicion.pdf>>

<sup>271</sup> Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, 2004.

<sup>272</sup> Comité Jurídico Interamericano. *Principio sobre el Derecho de Acceso a la Información*. CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08), 7 agosto 2008, Párr. 4.

las ciudadanas, información actualizada referida a la ejecución y resultados de las políticas públicas”<sup>273</sup>. De esta manera, a nivel de encuentros internacionales especializados en materias de gestión pública, se puede apreciar esta especial preocupación por la divulgación oficiosa de información por parte del Estado. Esto, porque reconoce, además, como requisito indispensable para la participación ciudadana la transparencia en la actuación del Estado<sup>274</sup>.

Finalmente, en el Perú, en el ámbito administrativo, es de resaltar lo señalado por la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública en la Opinión Consultiva N° 03-2019-JUS/DGTAIP. En esta, se reconoce que a la transparencia activa como “la obligación de publicar de oficio información con la que cuenta el Estado”<sup>275</sup>. Así, indica que, entre los mecanismos de transparencia activa, encontramos las audiencias públicas de rendición de cuentas, los periódicos murales, las páginas web o portales institucionales, entre otros<sup>276</sup>. De esta manera, define a los Portales de Transparencia como

(...) una herramienta informática del Estado Peruano que contiene información de gestión clasificada en rubros temáticos y presentada en formatos estándares por las Entidades de la Administración, que están en obligación de publicar y actualizar la información, conforme a los plazos que establece la LTAIP.<sup>277</sup>

De esta manera, podemos apreciar que el organismo técnico en materia de transparencia reconoce que una forma en la cual el Estado peruano se relaciona con el principio de transparencia es la transparencia activa. Este, pues, tiene la

---

<sup>273</sup> Párr. 44.

<sup>274</sup> Preámbulo.

<sup>275</sup> Párr. 3.1.

<sup>276</sup> Párr. 3.2.

<sup>277</sup> Párr. 3.3.

obligación legal de publicar cierto tipo de información de oficio (a través de los Portales de Transparencia Estándar).

Como podemos apreciar, el hablar de transparencia activa implica referenciar una situación en la cual el Estado da un paso más adelante y pone a disposición, de oficio, cierto tipo de información. No se requiere que previamente haya existido una solicitud de acceso: todo lo contrario, esta debe divulgarse a iniciativa propia por mandato legal o por decisión discrecional de los funcionarios públicos. En Perú, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública también ha reconocido a la transparencia activa como una manifestación del principio constitucional de transparencia que impone obligaciones a las entidades públicas de publicar cierta información de oficio.

#### **4.2.1. Legislación comparada en materia de transparencia activa**

En lo que a legislación comparada se refiere, resulta interesante los casos de México, Chile y España. El primero porque reconoce, a nivel constitucional, la obligación de transparencia activa. Los casos de Chile y España, por su lado, resultan llamativos porque reconocen positivamente a la transparencia activa (publicidad activa en el caso español) y porque en el primero se reconoce, asimismo, un procedimiento ante el incumplimiento de las entidades de sus obligaciones de transparencia activa.

#### 4.2.1.1. El caso mexicano

Como bien lo indica FROSINI<sup>278</sup>, en el análisis entre tecnología y Derecho no se puede dejar de desarrollar el prisma del derecho comparado puesto que es un tema que escapa del ámbito estatal por estar comprometidos procesos de globalización. Internet es un proceso global que afecta a la gran mayoría de Estados y a sus sistemas jurídicos. Entre estos, nos parece importante resaltar el caso de los Estados Unidos Mexicanos.

En el artículo 6° de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se reconoce el derecho de acceso a la información pública. Así, en el literal A inciso I se establece que

Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes.

Luego, se reconoce en el inciso III que toda persona, sin acreditar interés alguno, tendrá acceso gratuito a la información pública. Asimismo, en el inciso V de dicho artículo se enuncia que

**Los sujetos obligados** deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y **publicarán, a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa** y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos y los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos. (resaltado nuestro)

---

<sup>278</sup> FROSINI, Tomasso. Op. Cit., p. 2.

Como podemos apreciar, la Constitución mexicana reconoce dos dimensiones de la transparencia y el acceso a la información pública: por un lado, un cúmulo de información que se expone sin que medie ninguna solicitud; y, por otro lado, el instrumento jurídico para solicitar cualquier otro documento que no haga parte del universo colgado en Internet<sup>279</sup>. Observamos, pues que la Constitución mexicana positiviza las dimensiones pasiva y activa del principio constitucional de transparencia.

El mencionado artículo 6 establece que el Estado debe cumplir sus obligaciones de transparencia mediante instrumentos electrónicos predeterminados por la Constitución. Son, pues, dos grandes vertientes del derecho de acceso a la información pública recogidas en dicho texto constitucional: los portales de transparencia y las solicitudes de acceso a la información pública. En buena medida, este artículo le confiere al Estado la responsabilidad de aplicar condiciones materiales para el acceso de las personas a la información que produce el Estado<sup>280</sup>.

De otro lado, desarrollando los enunciados constitucionales previamente expuestos, podemos encontrar al artículo 60 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de los Estados Unidos Mexicanos. Este indica que las entidades obligadas deben “poner a disposición de los particulares la información (...) en los sitios de Internet correspondientes de los sujetos obligados y a través de

---

<sup>279</sup> BECERRA, Ricardo. Op. Cit., p. 76.

<sup>280</sup> BECERRA, Ricardo. “Internet llega a la Constitución (El derecho de acceso a la información y los sistemas electrónicos)”. *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana*. México: UNAM, 2008, pp. 76-85.

la Plataforma Nacional”. Asimismo, se regula un procedimiento a través del cual se puede denunciar ante los organismos competentes la falta de publicación de la información requerida en la mencionada Ley<sup>281</sup> y se establece un régimen sancionador para el incumplimiento de las obligaciones de transparencia<sup>282</sup>.

Este contenido del derecho de acceso a la información pública (transparencia activa) fue introducida en la reforma constitucional de febrero del 2014, un año después de haberse reconocido constitucionalmente el derecho de acceso a las tecnologías de información. La Constitución mexicana es objeto de constantes reformas y, junto con ello, se actualiza el texto constitucional para incorporar contenidos que se generan a partir del cambio de las TIC en la sociedad y el ordenamiento jurídico.

#### **4.2.1.2. El caso chileno y español**

En Chile, en la Ley N° 20.285 Sobre acceso a la información pública, se regula este aspecto de la transparencia (activa) en el “Título III De la Transparencia Activa”. En este, se indica que los “órganos de la Administración del Estado (...) deberán mantener a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos”<sup>283</sup> cierta información que debe estar actualizada por lo menos una vez al mes. Asimismo, se establece que, en caso de incumplimiento, cualquier persona puede presentar un reclamo, cuyo procedimiento es el mismo que se sigue ante la

---

<sup>281</sup> Artículo 89 y ss. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de los Estados Unidos Mexicanos de 04 de mayo de 2015.

<sup>282</sup> Artículo 206 y ss. Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de los Estados Unidos Mexicanos de 04 de mayo de 2015.

<sup>283</sup> Artículo 7°.- Ley 20.285, Sobre acceso a la información pública.

ausencia de respuesta ante una solicitud de acceso a la información pública<sup>284</sup> (transparencia pasiva). Finalmente, es de llamar la atención que esta norma también sanciona el incumplimiento de las normas de transparencia activa<sup>285</sup>.

Asimismo, también es de resaltar que en dicha ley se reconoce un procedimiento para que cualquier persona pueda reclamar el incumplimiento de las obligaciones de transparencia activa (artículo 8). Este procedimiento se sujeta al mismo que se presenta en materia de transparencia pasiva.

De otro lado, en España, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, también regula el aspecto de la transparencia pasiva llamándolo “Publicidad activa”. Así, se indica que las entidades obligadas deberán publicar de “forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”<sup>286</sup>. Esta información, además, tendrá que ser publicada en las sedes electrónicas o páginas web de las entidades<sup>287</sup>. La Ley, si bien no prevé un mecanismo a través del cual la población pueda exigir el cumplimiento de las obligaciones de transparencia activa, dispone que estas serán objeto de control por parte del Consejo de Transparencia

---

<sup>284</sup> Artículo 8º.- Ley 20.285, Sobre acceso a la información pública. Este artículo indica expresamente que “Cualquier persona podrá presentar un reclamo (...) si alguno de los organismos de la Administración no informa lo prescrito [en lo referido a transparencia activa] (...). Esta acción estará sometida al mismo procedimiento que la acción regulada en los artículos 24 y siguientes”. Por su parte, el artículo 24 indica que “Vencido el plazo previsto en el artículo 14 para la entrega de la documentación requerida, o denegada la petición, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo establecido en el Título V, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información”.

<sup>285</sup> Artículo 47.- Ley 20.285.

<sup>286</sup> Artículo 5 inciso 1 Ley 29/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

<sup>287</sup> Ídem., Artículo 5 inciso 4.

y Buen Gobierno<sup>288</sup>, siendo que el incumplimiento reiterado de dicha obligación tendrá consideración de infracción grave para los efectos del régimen disciplinario correspondiente<sup>289</sup>.

Al igual que en Chile, en España, el incumplir con las obligaciones de transparencia activa trae consigo responsabilidad administrativa funcional. No obstante, es únicamente en Chile donde se reconoce un procedimiento de reclamo ante el incumplimiento de estos deberes, el cual se sujeta al mismo tipo de procedimiento establecido para el incumplimiento de deberes de transparencia pasiva.

#### **4.2.2. La transparencia activa en nuestro país**

En nuestro país también se encuentra regulada la transparencia activa en el artículo 5 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, artículo referido a la publicación de información en los portales de transparencia de las entidades. En este se establece que las entidades deben difundir a través de Internet cierta información mínima. El incumplimiento de estos deberes de transparencia conlleva la aplicación del régimen sancionador general expuesto previamente. El Reglamento de dicha Ley, desarrollando el régimen sancionador previsto en el de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado mediante Decreto Supremo N° 072-2003-PCM, prevé como infracción grave: “No actualizar la información contenida en los portales de transparencia de

---

<sup>288</sup> Ídem., Artículo 9 inciso 1.

<sup>289</sup> Ídem., Artículo 9 inciso 3.

acuerdos a los plazos establecidos por la normativa vigente; o actualizarla de manera incompleta, inexacta o ininteligible”<sup>290</sup>.

Además, como mencionamos previamente, tenemos que la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública se ha pronunciado sobre la transparencia activa. Entiende como transparencia activa que el Estado publique cierta información, de oficio, en sus periódicos murales, la rendición de cuentas, la información pública en sus páginas webs o la que se puede encontrar en sus Portales de Transparencia.

Como es posible observar, distintos regímenes legales positivizan la transparencia activa y la reconocen como una obligación del Estado de difundir a través de Internet (especialmente a través de sus páginas web) una determinada información mínima. También a nivel internacional, en términos de *soft law*, la transparencia activa también está presente, imponiendo al Estado el deber de publicitar progresivamente información.

La transparencia activa, como evolución de la transparencia pasiva, tiene su razón de ser, como veremos más adelante, en gran medida gracias a la facilidad con la que las entidades públicas pueden difundir información a través de Internet. En efecto, son las Tecnologías de la Información y Comunicación las que facilitan esta difusión oficiosa de la información, siendo que la normativa citada centra su análisis en el deber que tienen las distintas entidades de difundir información a través de

---

<sup>290</sup> Artículo 33 inciso 6 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

sus páginas web o a través de portales de transparencia estándar para todas las entidades. Como desarrollaremos en apartados posteriores, esta relación Transparencia activa – Estado – TIC resulta clave para entender los alcances del principio de transparencia y, con ello, los del derecho de acceso a la información pública.

En miras a lograr abordar mejor dicho aspecto, a continuación examinaremos el marco jurídico del derecho de acceso a la información pública en nuestro país. Así, expondremos su contenido y cómo este ha sido desarrollado a nivel constitucional, legal y jurisprudencial. Luego, diferenciaremos este derecho del derecho de petición y del derecho de libertad de información para, finalmente, exponer nuestro concepto de derecho de acceso a la información pública.

## **II. En torno al Derecho de acceso a la información pública**

Somos de la posición, como manifestamos previamente, que la transparencia es el principio general y el derecho de acceso a la información pública la plasmación concreta de este: la transparencia es el género y el derecho de acceso a la información pública su contenido, es decir, la manifestación normativa del principio de transparencia<sup>291</sup>. Siguiendo a PIÑAR: “[D]ebemos distinguir (...) entre transparencia y acceso a la información. La primera es un principio de actuación de la Administración, como de inmediato veremos. El derecho de acceso es una de las

---

<sup>291</sup> SPANO, Pedro. Op. Cit., p. 237.

manifestaciones, quizá la más importante pero no la única, de la transparencia (...)"<sup>292</sup>.

En este sentido, expondremos lo referido al derecho de acceso a la información pública entendiendo a este derecho como una manifestación del principio constitucional de transparencia. Tal como lo expondremos en apartados posteriores, lo recogido en el artículo 2 inciso 5 de nuestra Constitución es solo una de las distintas manifestaciones que puede tener la transparencia en nuestro ordenamiento jurídico.

### **1. Derecho de acceso a la información pública y la cultura del secreto**

El derecho de acceso a la información pública es manifestación del principio constitucional de transparencia y como tal tiene su fundamento en la forma democrática de gobierno. No obstante, creemos que resulta pertinente profundizar aún más en la relación derecho de acceso a la información pública – Derecho Constitucional. Teniendo en cuenta que la información “es un elemento del poder en general y del poder político en particular”<sup>293</sup>, el concentrar información en pocas manos significa también concentrar poder. En este sentido, siendo que es objeto del Derecho Constitucional la limitación del poder político, el fijar los parámetros a través de los cuales se distribuye o se hace accesible información también implicaría un ejercicio de limitación del poder. De esta manera, resultaría aún más manifiesta

---

<sup>292</sup> PIÑAR, José Luis. “Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno”. *Revista catalana de dret públic*, N° 49, 2014, p. 5. <<https://core.ac.uk/download/pdf/39147095.pdf>>

<sup>293</sup> LUQUE, Martín. Op. Cit., p. 644.

la relación entre el derecho de acceso a la información pública y el Derecho Constitucional.

La llamada “cultura del secreto”<sup>294</sup> resulta peligrosa para el sistema democrático y para el Estado Constitucional actual porque esta invisibilidad “aumenta el poder de quien lo posee pero simultáneamente le permite actuar impunemente porque está fuera de cualquier control”<sup>295</sup>. Así, siendo que el derecho de acceso a la información pública otorga al ciudadano el mecanismo idóneo para vincularse directamente con lo público<sup>296</sup>, permite que las decisiones de los detentores electos del poder puedan ser conocidas y así estos puedan ser controlados, logrando de esta manera el cumplimiento de los presupuestos del sistema democrático. Las democracias liberales requieren, pues, de la *visibilidad* del ejercicio del poder, tanto de quienes toman las decisiones como de las decisiones mismas<sup>297</sup>.

TENORIO<sup>298</sup> sostiene la existencia de cuatro principios comunes que sirven de base al derecho de acceso a la información pública, a saber:

**a. Principio de máxima publicidad:** *Ab initio* toda la información que obra en manos del Estado debe presumirse pública y accesible. Ello implica un régimen limitado de excepciones, que la decisión negativa deba estar motivada y que la carga de probar que la información solicitada no puede ser revelada corresponda al Estado; y ante una duda o vacío legal, debe primar el derecho de acceso a la información pública.

---

<sup>294</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO. *El acceso a la información pública y la “cultura del secreto”*. Lima.

<sup>295</sup> LUQUE, Martín. Op. Cit., p. 630.

<sup>296</sup> TENORIO, Guillermo. Op. Cit., p. 460.

<sup>297</sup> LUQUE, Martín. Op. Cit., 625.

<sup>298</sup> TENORIO, Guillermo. Op. Cit., pp. 461-466.

**b. Principio de no discriminación (o universalidad):** Se traduce en una legitimación activa, no en función de la ciudadanía o algún interés jurídico demostrable sobre la información. Esta legitimidad activa de cualquier persona proviene justamente del carácter público de la información; así debe brindar la información sea ciudadano, extranjero o utilice su pseudónimo para recabarla.

**c. Principio de calidad de la información:** Este principio implica que la información debe ser 1. Actualizada, 2. Completa, 3. Comprensible y 4. Veraz.

**d. Principio de gratuidad:** Solo se podrá cobrar cuando la información debe ser depositada en un contenedor especial y solo por el costo de reproducción y envío.

Estos principios están recogidos en el derecho peruano sobre la materia, ya sea a través de la Ley que regula el ejercicio del mencionado derecho o a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pasemos, pues, a abordar la regulación del derecho de acceso a la información pública en nuestro ordenamiento jurídico

## **2. El derecho de acceso a la información pública en el derecho interno peruano**

De manera previa a entrar a exponer cómo está configurado constitucional y legalmente el derecho de acceso a la información pública, creemos importante enunciar unas cuantas consideraciones previas. En primer lugar, el derecho de acceso a la información pública, en su dimensión objetiva, garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad democrática<sup>299</sup>. De ahí la relación entre acceso a la información pública y el principio

---

<sup>299</sup> ABAD, Samuel. "Transparencia y acceso a la información pública. Avances y retos pendientes". *Temas de derecho tributario y derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra, 2006, p. 1234.

democrático según ABAD<sup>300</sup>: “cuando el ejercicio del derecho de acceso a la información pública contribuye a la formación de una opinión pública, libre e informada, éste tiene la condición de libertad preferida”. Esta posición del mencionado derecho en nuestro sistema democrático implica un control jurisdiccional más intenso.

En segundo lugar, cabe llamar la atención que la solicitud de acceso a la información pública no cuenta con elementos de discrecionalidad<sup>301</sup> al momento de dar respuesta a la solicitud. Esto implica que, presentada la solicitud, la Administración, en caso de tener la información solicitada y esta no estar dentro de las excepciones de ley, no puede dejar de cumplir con lo requerido. Tomando en cuenta que el régimen de excepciones es taxativo y excepcional, las entidades no pueden deliberar si entregan o no cierta información solicitada. Tienen la obligación constitucional de dar trámite, contestar la solicitud y cumplir con lo requerido.

Finalmente, otro punto que cabe resaltar, aunque resulte evidente, es que el objeto del derecho de acceso a la información pública es la información. Esto, para dejar de lado las consideraciones en torno a que el objeto del derecho pueden ser los documentos públicos. El documento (sea físico o electrónico) es un soporte de la información. Por lo tanto, debe entenderse que, cuando se ejerce el derecho, se solicita cierta información (contenida en algún documento o formato), no el soporte en sí mismo.

---

<sup>300</sup> Ídem., p. 1231

<sup>301</sup> ZEGARRA, Diego. “El ejercicio del derecho de acceso a la información pública en el Perú: marco jurídico administrativo”. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 8, 2009, p. 317.  
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14004>>

## 2.1. Regulación constitucional y legal

En nuestro ordenamiento jurídico el derecho de acceso a la información pública está recogido en el artículo 2º inciso 5 de nuestra Constitución. Así, se enuncia que

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

De la misma manera, nuestra norma constitucional establece en el artículo 200 inciso 3 que el proceso constitucional para la tutela de dicho derecho es el de hábeas data. En efecto, se enuncia que este procede “contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5 y 6 de la Constitución”.

El derecho de acceso a la información pública se desarrolla, a nivel legal, en la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS. Esta es una norma, de acuerdo a ABAD<sup>302</sup> que fomenta el acceso ciudadano a la información y la transparencia en las entidades públicas, cuya promulgación también ayuda a erradicar la cultura del secreto que podría aparecer ante normas poco claras o imprecisas.

Esta ley, que podríamos entenderla como parte del bloque de constitucionalidad que desarrolla las disposiciones del principio de transparencia y del derecho de

---

<sup>302</sup> ABAD, Samuel. Loc. Cit.

acceso a la información pública, enuncia, en primer lugar (artículo 2), qué se entiende por “entidad de la Administración Pública” y, por tanto, quiénes son sujetos pasivos del derecho de acceso a la información pública. Así, siendo remitidos al Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, tenemos que se entiende por entidad a:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

Posteriormente, en el artículo 3, la Ley reconoce el principio de publicidad, según el cual: “[t]odas las actividades y disposiciones de las entidades comprendidas en la presente Ley están sometidas al principio de publicidad”. A partir de este principio se desprenden las siguientes reglas:

1. Toda información que posea el Estado se presume pública, salvo las excepciones expresamente previstas por la Ley.

2. El Estado debe adoptar medidas básicas que garanticen y promuevan la transparencia en la actuación de las entidades.

3. El Estado tiene la obligación de entregar la información que demanden las personas en aplicación del principio de publicidad.

Luego, en el artículo 5 de la norma, se desarrolla lo que previamente llamamos la transparencia activa. La legitimación activa para ejercitar el derecho a solicitar y recibir información de cualquier entidad se encuentra en el artículo 7 (toda persona). Además, se señala que esta solicitud es incausada. Los sujetos pasivos de dicho derecho son los señalados previamente en el artículo 2.

En lo referido a las empresas del Estado, se indica que “están sujetas al procedimiento de acceso a la información establecido en la presente Ley”. Por otro lado, en lo que respecta a empresas privadas que brinden servicios públicos o ejerzan funciones administrativas del sector público, se indica que estas están “obligadas a informar sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce” (artículo 9).

El artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública define qué se debe entender por información de acceso público. Así, define, en primer lugar, que información pública puede ser cualquiera que esté contenida “en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato”. Luego, entiende que a cierta información se le da la calidad de pública en base a si esta es creada, obtenida o poseída por la Administración pública. Posteriormente, establece un criterio de financiación pública de la

información: “se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa”.

Del artículo 11 al artículo 14 se regula el procedimiento a través del cual se debe dar trámite a la solicitud de acceso a la información pública. Las excepciones al derecho de acceso a la información pública: información secreta, información reservada e información confidencial están recogidas en los artículos 15, 16 y 17 respectivamente.

Luego, se establece que en caso un documento contenga, en forma parcial, información de acceso público e información que no lo sea, de acuerdo a ley, la entidad deberá permitir el acceso a la información que sí sea de acceso público (artículo 16). Del mismo modo, se reconoce la gratuidad del procedimiento al establecerse que el importe de la solicitud es únicamente el que corresponde a los costos de reproducción.

Finalmente, es de resaltar las obligaciones que se generan respecto de conservar información pública: crear y mantener registros públicos de manera profesional para que el derecho de acceso a la información pueda ejercerse a plenitud; y, la prohibición de destruir información en posesión de la entidad (artículo 18).

Estos son, a grandes rasgos, los puntos que aborda nuestra legislación en torno al derecho de acceso a la información pública. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha abordado estos enunciados y ha enriquecido sus

contenidos en distintos pronunciamientos. Expondremos, a continuación, los principales pronunciamiento de dicho Alto Tribunal sobre el particular.

## **2.2. Desarrollo jurisprudencial constitucional**

Sistematizando el desarrollo del Tribunal Constitucional en lo referido a los contornos y alcances del derecho de acceso a la información pública, podemos encontrar:

**a) Doble dimensión del derecho de acceso a la información pública:** Sobre el particular, el Tribunal indicó que este derecho tiene una doble dimensión, a saber<sup>303</sup>:

(...) Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. (...) Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna.

(...)

11. En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática.

Desde este punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es

---

<sup>303</sup> STC. Exp. 1797-2002-PHD/TC, ff. jj. 10-11.

más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación.

Podemos observar que el Tribunal Constitucional vincula, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información pública con la realización del proyecto de vida y la posibilidad de ejercer otros derechos individuales (libertad de expresión, libertad de información, etcétera). De otro lado, la dimensión colectiva garantiza que la sociedad se mantenga informada para que pueda ejercer control político sobre las autoridades.

No obstante, y es algo sobre lo que retornaremos más adelante, de acuerdo a cómo concibe el Tribunal Constitucional el derecho de acceso a la información pública (como una manifestación del derecho de petición), la dimensión colectiva se vería satisfecha, teniendo en cuenta lo contradictorio de la situación, a través de la transparencia pasiva. Es decir, el presentar una solicitud de acceso (individual) sería la manera a través de la cual se lograría que la sociedad pueda mantenerse informada y pueda formar así, libremente, una opinión. Esta situación se puede dar siempre que la persona que solicita la información la difunda masivamente para que la sociedad se entere de lo solicitado. Sin embargo, si la persona que solicita la información no la difunde y la resguarda para sí, ¿se estaría manifestando verdaderamente esta dimensión colectiva del derecho de acceso a la información pública? Ante esta situación cabe preguntarnos si no se manifiesta mejor la dimensión colectiva del derecho de acceso a la información pública a través de la transparencia activa; es decir, cuando el Estado pone cierta información, de oficio, al alcance de toda la sociedad.

**b) Sobre el contenido del pedido:** El Tribunal también tuvo oportunidad de manifestarse en torno a cuál debe ser el contenido de la solicitud de acceso a la información pública. Así, indicó que este debe ser razonablemente claro y se debe identificar la información que se requiere o señalar los elementos que la hagan determinable<sup>304</sup>. Al respecto, creemos que resulta acertada esta apreciación porque si no se cuenta con un mínimo de contenido en el pedido resultaría imposible para la Administración el poder atenderlo.

**c) Sobre si el pedido debe estar motivado o no:** El Tribunal Constitucional peruano también se pronunció respecto de la motivación del pedido de acceso. Si bien el propio texto constitucional establece que el derecho de solicitar información se ejercita “sin expresión de causa”, el Alto Tribunal profundizó sobre este aspecto indicando que

(...) además otra característica del derecho en cuestión [es] la ausencia de expresión de causa o justificación de la razón por la que se solicita la información, este carácter descarta la necesidad de justificar la petición en la pretensión de ejercer otro derecho constitucional (v.gr. la libertad científica o la libertad de información) o en la existencia de un interés en la información solicitada, de modo tal que cualquier exigencia de esa naturaleza es simplemente inconstitucional (...) <sup>305</sup>.

Esta ausencia de expresión de causa en la solicitud de acceso a la información tiene relación con la no discrecionalidad de la Administración al momento de evaluar el pedido previamente reseñado. En efecto, si no es exigible justificación alguna para ejercer el derecho, no existen ámbitos o parámetros sobre los cuales la

---

<sup>304</sup> STC. Exp. 4788-2011-PHD/TC, ff.jj. 2-4.

<sup>305</sup> STC. Exp. 950-2000-PHD/TC, f.j. 5.

Administración deba manifestarse y, por lo tanto, ser discrecional en el otorgamiento de lo solicitado.

**d) En torno a la gratuidad del pedido:** En lo referido a la gratuidad del pedido, el Tribunal Constitucional ha señalado que los costos del pedido no deben superar los costos de reproducción de copia simple de mercado cuando así sea requerido. En definitiva, se debe evitar los precios excesivos e irrazonables que impliquen lucro<sup>306</sup>.

**e) Calidad de la información a entregar:** Por otro lado, en lo relativo a los requisitos o qué calidad de información debe entregar las entidades, el Tribunal Constitucional indicó que esta “deberá ser cierta, completa, clara y, además, actual”<sup>307</sup>. Además, afirmó que la información que crea transparencia es aquella que cumple con los requisitos de accesibilidad, relevancia, calidad y confiabilidad (desarrollados previamente)<sup>308</sup>.

En este sentido, si la información brindada es alterada o no está actualizada implica, también, una infracción de acuerdo al Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Por otro lado, respecto a la claridad de la información a entregar, creemos que esto deberá responder a lo que efectivamente se solicitó: si el ciudadano solicita cierta información estadística u información presupuestal, creemos que la información debería responder a esta naturaleza y ser entregada “en bruto” y no modificada en miras a que sea más “clara”.

---

<sup>306</sup> STC. Exp. 9125-2006-PHD/TC, f.j. 4; STC Exp. 4468-2006-PHD/TC, f.j. 5 y STC. Exp. 4042-2011-PHD/TC, f.j. 6.

<sup>307</sup> STC. Exp. 7440-2005-PHD/TC, f.j. 4.

<sup>308</sup> STC. Exp. 566-2010-PHD/TC, f.j. 5.

**f) Sujeto pasivo del derecho de acceso a la información pública:** En lo referido al ámbito de aplicación (sujeto pasivo) el Colegiado Constitucional recientemente ha variado su jurisprudencia<sup>309</sup> e indicó que las empresas estatales de accionariado estatal único deben sujetarse a las reglas aplicables a la generalidad de las entidades del Estado. Por ello, las restricciones previstas en el art. 9<sup>310</sup> de dicha Ley deben entenderse aplicables a las personas jurídicas privadas o mixtas que ejercen potestades públicas o gestionan servicios públicos.

Como tuvimos oportunidad de comentar<sup>311</sup>, el Tribunal Constitucional entendía, previamente, que la información que se podía requerir de las empresas del Estado era “únicamente la referida a las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones administrativas que ejerce”. Hoy en día, en cambio, se puede acceder a cualquier información de las empresas del Estado en las que éste tenga control sobre la empresa como si esta fuese una entidad más; excluyendo de este ámbito el secreto comercial<sup>312</sup> y otros de naturaleza análoga excluidos por leyes de la materia.

Consideramos que el cambio jurisprudencial en este aspecto es positivo. En la medida que el actuar de la empresa estatal se financia, en última instancia, con presupuesto público, es importante transparentar su accionar para llevar a cabo una

---

<sup>309</sup> STC. Exp. 3994-2012-PHD/TC y STC. Exp. N.º 04857-2015-PHD/TC

<sup>310</sup> Referida a que las empresas que gestionen servicios públicos o ejerzan funciones administrativas están obligadas a informar únicamente sobre las características de los servicios públicos que presta, sus tarifas y sobre las funciones que ejerce

<sup>311</sup> VILLENA, Dilmar. “Recientes líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional en materia de acceso a la información pública”. *Gaceta Constitucional*, Tomo 131, Noviembre, 2018, p. 38.

<sup>312</sup> STC Exp. N.º 03994-2012-PHD/TC, f. j. 28.

mejor fiscalización de esta. Como bien lo indica el Tribunal, la transparencia también ayuda a legitimar el emprendimiento estatal<sup>313</sup>.

**g) Tratamiento de la información por parte de las entidades:** En este aspecto, el Tribunal tuvo ocasión de sostener que “las instituciones públicas tienen un deber de sistematización continua y constante de la información que producen, razón por la cual, todo el bagaje que custodian a propósito del cumplimiento de sus funciones, debe ser puesto a disposición de la ciudadanía (...)”<sup>314</sup>. Este pronunciamiento se condice con el artículo 21 de la Ley de Transparencia y resalta la obligación de que las entidades almacenen profesionalmente toda la información que generan (ya sea por ellas mismas o partir de lo brindado por los Administrados). Así, ante una solicitud de información, la Administración no podría denegar su entrega bajo argumentos del tipo que la información solicitada no está archivada o existen deficiencias en el almacenamiento de la información.

**h) De la relación entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho de petición:** De todo el desarrollo que ha establecido el Tribunal Constitucional en torno al derecho de acceso a la información pública, llama la atención lo recogido en la sentencia recaída sobre el Exp. 1797-2002-PHD/TC. En esta, se determina que el derecho de acceso a la información pública es una modalidad o concreción del derecho de petición<sup>315</sup>.

---

<sup>313</sup> STC Exp. N° 04857-2015-PHD/TC, f. j. 8.

<sup>314</sup> STC Exp. N° 03496-2015-PHD/TC, f. j. 10.

<sup>315</sup> F.j. 7.

Así, para el Tribunal Constitucional, la particularidad que goza el derecho de acceso a la información pública, en contraposición al derecho de petición, es que este está positivizado como un derecho distinto y recibe un tratamiento diferente en la Constitución<sup>316</sup>. De esta manera, la diferencia entre el derecho de petición y el derecho de acceso a la información pública sería básicamente que este último goza de un tratamiento particular en la Constitución y que goza de un proceso específico para su tutela. Si bien esta interpretación del derecho de acceso a la información pública como manifestación del derecho de petición es de varios años atrás, es posible observar que no existe variación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto<sup>317</sup>.

Sobre el particular, creemos que esta interpretación del derecho de acceso a la información pública parte de entender que este derecho es únicamente el artículo 2 inciso 5 de nuestra Constitución. El cómo está reconocido este derecho en nuestro texto constitucional, efectivamente, tiene incidencia en el acercamiento al mismo: el texto constitucional se centra en la solicitud, su contenido y cómo esta debe ser atendida. En buena cuenta, circunscribe el derecho de acceso a la información pública a lo que llamamos *transparencia pasiva*.

Asimismo, creemos que el encuadramiento del derecho de acceso a la información pública dentro del derecho de petición trajo como consecuencia que todo el desarrollo jurisprudencial sobre el particular se centre únicamente en el actuar administrativo del Estado al momento de responder una petición. Nos explicamos:

---

<sup>316</sup> STC. Exp. 1071-1998-PHD/TC, f.j. 4.

<sup>317</sup> Al respecto, revisar Exp. 4912-2008-PHD/TC, Exp. 284-2010-PHD/TC, Exp. 1192-2010-PHD/TC, Exp. 4159-2009-PHD/TC, entre otros.

la atención que prestó el Tribunal Constitucional al desarrollar este derecho estuvo enfocado, como se pudo apreciar previamente, en las obligaciones reactivas de la Administración al momento de que esta es “puesta en marcha” cuando, a través de una solicitud de acceso a la información pública, se pretende acceder a determinada información.

Somos de la opinión que esta reducción del derecho de acceso a la información únicamente al ámbito –como manifestación- del derecho de petición es insuficiente y despoja de varios contenidos constitucionales a dicho derecho. Este enfoque, considerado como tradicional<sup>318</sup>, al limitar el ámbito de protección del derecho de acceso a la información pública, también limita la transparencia del actuar del Estado.

Si se considera que el derecho de acceso a la información pública se ve lesionado únicamente cuando se vulnera la prescripción normativa del artículo 2 inciso 5 de la Constitución, se impide que el principio de transparencia despliegue su máxima eficacia, puesto que solo engloba la dimensión de la transparencia pasiva. Consideramos que este derecho no solo se ve afectado cuando se afecta la posibilidad de acceder a información solicitada y la obligación de dispensarla<sup>319</sup>. En efecto, esta perspectiva limita innecesariamente el margen de acción del derecho de acceso a la información pública y su ámbito de protección constitucional.

---

<sup>318</sup> ALLESCH, Johann y OBANDO, Iván. Aproximación dogmática y jurisprudencial a los principios de transparencia y publicidad de los actos e información administrativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 2, Núm. XXVI, p. 39.  
<<https://www.redalyc.org/pdf/1736/173620162002.pdf>>

<sup>319</sup> STC. Exp. 4042-2011-PHD/TC, f.j. 10.

Al respecto, consideramos que si existe alguna relación entre el derecho de petición y el derecho de acceso a la información pública, consideraríamos que el primero sería una forma de concreción del derecho de acceso a la información pública (una de varias posibles). Tal como lo expondremos en el siguiente capítulo, consideramos que este derecho tiene distintos contenidos pues, en tanto es manifestación del principio de transparencia, y la transparencia implica una serie de obligaciones distintas al Estado, también son distintas las manifestaciones del derecho de acceso a la información pública.

No obstante este encausamiento del derecho de acceso a la información pública en el derecho de petición, el Tribunal Constitucional en reciente jurisprudencia ha tenido ciertos acercamientos en torno a su contenido, distinto del derecho de petición (sin ser contunde o sostener una línea argumentativa continua). Pasemos, pues, a analizar la sentencia en el caso “Transparencia y acceso a la información pública en el Sistema de Defensa Nacional”.

### **2.2.1. El caso “Transparencia y acceso a la información en el Sistema de Defensa Nacional”**

En este caso, el Tribunal Constitucional examina la constitucionalidad del artículo 12 del Decreto Legislativo 1129, modificado por el Decreto Legislativo 1353. En el mismo se cuestionaba si la posibilidad que el Consejo de Defensa y Seguridad Nacional determine discrecionalmente cuándo se aplica la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública era o no lesivo del derecho de acceso a la información pública.

De entre todo lo desarrollado por el Alto Tribunal en su sentencia, rescatamos lo señalado en el fundamento jurídico 27 de esta como un tímido, aunque loable, intento de dotar de mayor contenido al derecho de acceso a la información pública:

27. Queda claro, entonces, que del derecho fundamental de acceder a la información pública no sólo se desprende el reconocimiento de que las personas tienen la libertad de acceder a la información pública, sino también la obligación constitucional de la Administración Pública de hacer pública, transparente, oportuna y confiable dicha información. Ello implica, por ejemplo, que **la información pública debe hacerse pública no sólo cuando una persona lo solicite sino que la Administración Pública tiene el deber de hacer pública, transparente, oportuna y confiable dicha información, así no lo sea solicitada**, salvo el caso de las excepciones permitidas constitucionalmente y especificadas estrictamente en la ley de desarrollo constitucional de este derecho fundamental. (resaltado nuestro)

Como podemos apreciar, el Colegiado va construyendo una obligación del Estado de hacer pública la información que está en su poder aunque esta no sea solicitada. Es decir, se va apartando del criterio relativo a concebir este derecho como uno meramente reactivo y manifestación del derecho de petición. En este sentido, el Tribunal continúa indicando que el artículo 2 inciso 5 de la Constitución y

(...) la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública conforman el parámetro de constitucionalidad que debe servir para identificar las exigencias constitucionales que se derivan de este derecho (...). **Es conforme a dicho parámetro que la Administración Pública no sólo tiene la obligación constitucional de entregar la información que le soliciten los ciudadanos**, salvo las aludidas excepciones, **sino además aquella otra de efectivizar, incluso oficiosamente, los principios de publicidad y transparencia respecto de tal información**. (resaltado nuestro)

El Colegiado, pues, va establecido contenidos del derecho de acceso a la información pública diferentes de aquel que se manifiesta cuando se solicita información al Estado (como derecho de petición). El Tribunal Constitucional

peruano, así, va dando pasos hacia reconocer la transparencia activa como parte del derecho de acceso a la información pública. Sin embargo, no se profundiza al respecto y tampoco se señala cuál es la relación de este contenido con el propio derecho de acceso a la información pública: existe una obligación constitucional de efectivizar oficiosamente los principios de publicidad y transparencia, pero no se desarrolla el marco constitucional de dicha obligación.

Hasta este punto podemos identificar cómo es que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se han desarrollado los alcances y contenidos del derecho de acceso a la información pública, centrándose, principalmente, en el procedimiento que se sigue luego de presentada la solicitud de acceso. Este encuadramiento tiene que ver con la posición del Alto Tribunal de encasillar el derecho de acceso a la información como manifestación del derecho de petición (transparencia pasiva). No obstante, en reciente jurisprudencia, el Tribunal ha ido incorporando la transparencia activa como parte del derecho de acceso a la información pública. Creemos que este reciente desarrollo está bien encaminado y, ante ausencia de mayor jurisprudencia sobre el particular, consideramos menester profundizar en la transparencia activa como parte del derecho de acceso a la información pública.

Pasemos, ahora, a exponer el desarrollo del derecho de acceso a la información pública en ámbitos supranacionales.

### **3. El derecho de acceso a la información pública en el ámbito interamericano**

#### **3.1. Instrumentos internacionales**

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>320</sup> como la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>321</sup> coinciden en reconocer al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el instrumento internacional de las Naciones Unidas que es fundamental del derecho de acceso a la información pública. Este establece en su Artículo 19

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Desarrollando dicha disposición, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas indicó en su Observación general N° 34 que el párrafo previamente expuesto “enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos”<sup>322</sup>. Así, para garantizar la eficacia de este derecho, los Estados tendrían que publicitar información de interés público y hacer todo lo posible para permitir un acceso fácil, rápido, efectivo y práctico<sup>323</sup>.

De la misma manera, en la Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de

---

<sup>320</sup> Youth Initiative for Human Rights v. Serbia, 25 de junio 2013, f.j. 13.

<sup>321</sup> Claude Reyes y otros v. Chile, de 19 de setiembre de 2006, f.j. 76

<sup>322</sup> Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación general N° 34, CCPR/C/GC/34, de 12 de setiembre de 2011, párr. 18.

<sup>323</sup> Ídem., párr. 19.

Expresión sobre *Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión* se estableció que “(e)l derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global (...) basado en el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda la información es accesible, sujeto solamente a un sistema restringido de excepciones”<sup>324</sup>. Así, en razón del mencionado derecho, el proceso para el acceso a la información pública debe ser simple, rápido y gratuito o de bajo costo.

En lo que se refiere al ámbito regional americano, es relevante el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Este artículo, tal como desarrolla la Corte Interamericana en el caso *Claude Reyes y otros v. Chile*, protege “el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado”<sup>325</sup>. Así, siguiendo lo expuesto por la Corte, cabe resaltar que

(...) existe un consenso regional de los Estados que integran la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”) sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección. Dicho derecho ha sido objeto de resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA. En la última Resolución de 3 de junio de 2006 la Asamblea General de la OEA “inst[ó] a los Estados

---

<sup>324</sup> Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, 2004.

<sup>325</sup> *Claude Reyes y otros v. Chile*, Op. Cit., f.j. 77.

a que respeten y hagan respetar el acceso a la información pública a todas las personas y [a] promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva”.<sup>326</sup>

En esta línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual de 2009 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sostiene que “el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental protegido por el artículo 13 de la Convención Americana”<sup>327</sup>. Así, en tanto este es una herramienta fundamental de control ciudadano del Estado, este se torna en un “requisito fundamental para garantizar la transparencia”. De esta manera desarrolla una serie de principios<sup>328</sup> que han de orientar el actuar del Estado frente a dicho derecho y cuáles son sus contenidos<sup>329</sup>, a saber: que todas las personas son titulares de dicho derecho, que todas las autoridades públicas y ramas del poder público son los sujetos obligados por dicho derecho, y que el objeto sobre el que recae es toda “información que está bajo custodia, administración o tenencia del Estado; la información que el Estado produce o que está obligado a producir; la información que está bajo poder de quienes administran los servicios y los fondos públicos, únicamente respecto de

---

<sup>326</sup> Ídem., f.j. 78. Así, la Corte Interamericana referencia las siguientes resoluciones: Resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03) de 10 de junio de 2003 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; Resolución AG/RES. (XXXIV-O/04) de 8 de junio de 2004 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; Resolución AG/RES. 2121 (XXXV-O/05) de 7 de junio de 2005 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; y AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06) de 6 de junio de 2006 sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”.

<sup>327</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 2009, p. 305

<<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/Informe%20Anual%202009%201%20QESP.pdf>>

<sup>328</sup> Principio de máxima divulgación y principio de buena fe.

<sup>329</sup> Ídem., pp. 309-310.

dichos servicios o fondos; y la información que el Estado capta, y la que está obligado a recolectar en cumplimiento de sus funciones”.<sup>330</sup>

A nivel de *soft law*, contamos con la Declaración Conjunta<sup>331</sup> previamente citada, en la que se reconoce el carácter fundamental del derecho de acceso a la información pública en la participación democrática, la rendición de cuentas de los gobiernos y el control de la corrupción. De esta manera se determina que “[e]l derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional”. De otro lado, la Declaración Conjunta de diciembre de 2006<sup>332</sup> establece que “los órganos públicos, sean nacionales o internacionales, manejan información en nombre del público y no de ellos mismos, y deberán, con limitadas excepciones, proveer acceso a esa información”.

La Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información previamente citada destaca que “el acceso a la información es un derecho humano fundamental del hombre y una condición esencial para todas las sociedades democráticas”<sup>333</sup>. Por su parte, el Comité Jurídico Interamericano también reconoce el derecho de acceso a la información [pública] como un “derecho humano fundamental que garantiza el

---

<sup>330</sup> Íbidem.

<sup>331</sup> Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, Loc. Cit.

<sup>332</sup> Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), y el Relator Especial de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, 2006.

<sup>333</sup> 10mo párrafo de la Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública.

acceso a la información controlada por órganos público<sup>334</sup>, determinando que se deben establecer las medidas necesarias para promover, implementar y asegurar el derecho de acceso a la información pública.

También es de señalar lo que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>335</sup> sostiene en torno al rol que juega Internet al potenciar la libertad de expresión debido a su carácter transformador que permite que miles de millones de personas incrementen significativamente su capacidad de acceder a información<sup>336</sup>. Como veremos a continuación, el sistema interamericano construye el derecho de acceso a la información pública a partir de la libertad de expresión y, sobre este último, la mencionada Relatoría reconoce a Internet como un instrumento capaz de potenciar y ampliar dicho derecho debido a la capacidad de generar comunicación de manera instantánea y a bajo costo. Por lo tanto, para asegurar el disfrute efectivo y universal a la libertad de expresión, “deben adoptarse medidas para garantizar, de manera progresiva, el acceso de todas las personas a Internet<sup>337</sup>. Ello teniendo en cuenta la naturaleza descentralizada y abierta de la red<sup>338</sup>. Esta naturaleza abierta de Internet respecto del acceso a la información, traería consigo que los gobiernos

---

<sup>334</sup> Comité Jurídico Interamericano. Op. Cit.

<sup>335</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Libertad de expresión e internet*, Loc. Cit., párr. 10.

<sup>336</sup> Declaración Conjunta del Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP)., 2011.

<sup>337</sup> Ídem., párr. 37.

<sup>338</sup> Ídem., párr. 36.

publiquen datos “que sean legibles por máquina, y que estén disponibles con una licencia abierta”<sup>339</sup>.

De otro lado, dicha Relatoría en sus *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente* reconoce, en el ámbito digital, ciertas obligaciones que tienen los Estados frente al derecho de acceso a la información pública:

a) responder de manera oportuna, completa y accesible a las solicitudes formuladas, b) contar con un recurso que permita la satisfacción del derecho de acceso a la información; c) contar con un recurso judicial idóneo y efectivo para la revisión de las negativas de entrega de la información; d) **ofrecer la mayor transparencia activa**; e) producir o capturar información; e) generar una cultura de transparencia; f) implementar adecuadamente las normas de acceso a la información pública; y g) adecuar el ordenamiento jurídico a las exigencias del derecho de acceso a la información.<sup>340</sup> (resaltado nuestro)

Como podemos apreciar, la transparencia activa que expusimos previamente juega un rol especial cuando hacemos referencia al derecho de acceso a la información pública. Así, los Estados deberían aprovechar la velocidad, la descentralización y el bajo costo de Internet para poner a disposición, de manera oficiosa, cierta información de interés público “sin barreras de frontera, oportunidad o burocracias que antaño entorpecían la labor de difusión”<sup>341</sup>.

Por lo tanto, podemos apreciar que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dota de estándares al derecho de acceso a la información pública cuando se toma en cuenta dicho derecho frente a Internet. De un lado, resalta la obligación de los Estados de

---

<sup>339</sup> Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*, 2017, párr. 176. <[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET\\_2016\\_ESP.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf)>

<sup>340</sup> Ídem, párr. 172.

<sup>341</sup> Ídem., párr. 175.

cumplir sus obligaciones de transparencia activa, coincidiendo así con lo expuesto previamente sobre el particular; y, de otro lado, teniendo en cuenta la naturaleza abierta de Internet, resalta que los datos que se pongan a disposición por parte del Estado tengan licencias abiertas y sean legibles por máquinas. Sin ponerlo de manera explícita, la Relatoría hace referencia a estándares de datos abiertos, conceptos que serán profundizados en el siguiente capítulo de la presente investigación.

### **3.2. Jurisprudencia interamericana**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos no reconoce de manera explícita el derecho de acceso a la información pública. No obstante, la Corte IDH ha entendido que este derecho se encuentra recogido en el artículo 13 de la Convención Americana, en lo referido a la libertad de expresión:

#### **Artículo 13.- Libertad de Pensamiento y de Expresión**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

(...)

Hay autores<sup>342</sup> que sostienen que un primer paso, previo a reconocer al derecho de acceso a la información pública como un derecho autónomo, es vincular el derecho de acceso a la información pública a la libertad de expresión e información. En este sentido, ante ausencia de reconocimiento autónomo en la Convención de un derecho de acceso a la información pública, encuadrarlo dentro del derecho a la

---

<sup>342</sup> PIÑAR, José Luis. Op. Cit., p. 19.

libertad de expresión fue la vía por que la optó la Corte Interamericana de Derechos Humanos para tutelar el interés fundamental de que el ciudadano pueda acceder a información pública.

Al respecto, la Corte IDH explicitó que dicho artículo “protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado”<sup>343</sup>. La libertad de pensamiento y expresión contempla, así, la protección del derecho de acceder a la información que se encuentra en poder del Estado<sup>344</sup>.

Así, interpretando la Convención Americana, se concluye que esta reconoce el derecho a acceso a la información bajo el control del Estado de tal forma que este tendría una obligación positiva de suministrarla, a fin de que las personas puedan acceder a la información o a recibir una respuesta fundamentada, cuando por algún motivo permitido por la Convención, el Estado pueda limitar el acceso<sup>345</sup>. En este punto es donde la Corte delinea el ámbito del derecho de acceso a la información pública referido a la solicitud de acceso.

Por otro lado, también se indica que el Estado debería garantizar que, ante la denegatoria de información bajo control estatal, exista un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que permita determinar si se vulneró el derecho del solicitante y, en su caso, ordenar su entrega<sup>346</sup>. En nuestro país, esta obligación se cumple con

---

<sup>343</sup> Claude Reyes y otros v. Chile, Op. Cit., f.j. 77.

<sup>344</sup> Íbidem.

<sup>345</sup> JARAMILLO, Paula. *Derechos fundamentales en Internet y su defensa ante el Sistema Americano de Derechos Humanos*. Santiago: ONG Derechos Digitales, p. 54.

<<https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/Derechos-fundamentales-en-Internet-y-su-defensa-ante-el-Sistema-Interamericano-de-Derechos-Humanos.pdf>>

<sup>346</sup> Ídem., p. 58.

la incorporación del proceso de hábeas data en la Constitución peruana y en el Código Procesal Constitucional.

Asimismo, ha indicado que este derecho puede hacer viable la participación de la población en la gestión pública a través del control social que se pueda ejercer a través del acceso. En definitiva al permitir el ejercicio de este derecho se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad<sup>347</sup>.

Ahora bien, del desarrollo de la Corte IDH al respecto cabe llamar la atención sobre un aspecto: lo trascendente de este derecho es la posibilidad de acceder a la información que posea el Estado, es decir, acceder a información pública. Si bien para la Corte IDH este derecho se encuentra incluido dentro de la libertad de pensamiento y expresión, creemos que es posible identificar un contenido diferenciado, esto es, la posibilidad de acceder a cierta información (la pública) y la obligación del Estado de ponerla a disposición del ciudadano. Esta breve diferenciación es importante pues, tal como se desarrollará más adelante, nos permitirá identificar el contenido propio de este derecho.

El derecho de acceso a la información pública, si bien no goza de reconocimiento autónomo en instrumentos internacionales, ha sido reconocido como parte del derecho de la libertad expresión y/o información. En especial, la jurisprudencia interamericana, a partir del caso *Claude Reyes v. Chile*, ha tenido a bien delimitar los contornos de este derecho. Es importante resaltar, además, lo desarrollado por

---

<sup>347</sup> PIÑAR, José Luis. Op. Cit., p. 19.

la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de acceso a la información pública en entornos digitales: la especial obligación de transparencia activa que tienen los Estados y la apertura en la publicación de la información son conceptos importantes a tomar en cuenta al momento de evaluar el derecho de acceso a la información pública en Internet. Ahora bien, llegados a este punto, creemos conveniente realizar algunas precisiones conceptuales en torno al derecho de acceso a la información pública.

#### **4. El derecho de acceso a la información pública y su vinculación con el derecho de petición**

Como pudimos apreciar, en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional peruano se concibe el derecho de acceso a la información pública como manifestación del derecho de petición. Sin embargo, somos de la idea que ambos tienen contenidos claramente diferenciados.

De un lado, el derecho de petición es un derecho fundamental tradicional e histórico cuyo origen se remonta al nacimiento de las primeras Asambleas Parlamentarias. Este derecho es ejercitado por los ciudadanos solicitando una actuación concreta a la Administración pública, estando esta obligada a responder a través de un acto administrativo<sup>348</sup>. El derecho de acceso a la información pública es, por el contrario,

---

<sup>348</sup> BARTOLOMÉ, José Carlos. "Constitución y derechos humanos en el siglo XXI: las disfunciones de las democracias consolidadas". *Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo: ensayos escogidos*. México, D.F. : Miguel Ángel Porrúa, 2011, pp. 65 - 68.

un derecho reciente que ha empezado a aparecer en las constituciones latinoamericanas a partir de finales del siglo XX.

De otro lado, siguiendo a ABAD<sup>349</sup>, una diferencia sustancial es que en el derecho de petición se solicita algo a lo que no necesariamente se tiene derecho y la autoridad únicamente tiene la obligación de responder dentro del plazo de ley. En el derecho de acceso a la información pública se solicita algo a lo que se tiene derecho: información considerada pública de acuerdo a ley. Así, la obligación no culmina en responder dentro del plazo de ley, sino que implica también el entregar la información solicitada.

De otro lado, coincidimos también con ZEGARRA<sup>350</sup> cuando diferencia ambos derechos al señalar que el derecho de acceso a la información pública es una obligación impuesta normativamente a la Administración, mientras que el derecho de petición implicaría más una potestad discrecional administrativa. Así, el otorgar lo solicitado, en el caso del derecho de acceso a la información pública, es una obligación constitucional; de otro lado, el cumplir con lo solicitado, en lo referido al derecho de petición, resulta discrecional por parte de la Administración.

En buena cuenta, como señalamos previamente, el relacionar y encuadrar el derecho de acceso a la información pública con el derecho de petición parte de un enfoque tradicional de este derecho. Este enfoque tradicional asimila el derecho de acceso a la información pública con el de petición porque este último tiene un reconocimiento y desarrollo en nuestros ordenamientos jurídicos de larga data. Sin

---

<sup>349</sup> ABAD, Samuel. Op. Cit., p. 1234.

<sup>350</sup> ZEGARRA, Diego. Op. Cit., p. 316.

embargo, hoy en día, es posible identificar que ambos tienen contenidos distintos y que su diferenciación va más allá de una simple positivización distinta del derecho de acceso a la información pública.

## **5. Diferencia del derecho de acceso a la información pública y el derecho a la información**

También pudimos observar que el reconocimiento internacional del derecho de acceso a la información pública parte de vincularlo con la libertad de información. No obstante, nuevamente, creemos que ambos tienen contenidos diferenciados.

Así, mientras el derecho a la información permitiría recibir o difundir ideas de cualquier índole, nutriendo con ello el espacio público para su debate, crítica, interpretación o valoración; el derecho de acceso a la información pública propiciará que el ciudadano acuda directamente al Estado a buscar, investigar o indagar la información cuya única fuente es el poder público<sup>351</sup>. De este modo, podemos ir vislumbrando que el derecho de acceso a la información pública tiene como ámbito de aplicación la información que el Estado posea (o sea concebida como pública de acuerdo a ley); mientras que la libertad de información abarca cualquier tipo de información.

De otro lado, cabe indicar que el derecho de acceso a la información pública se agota con la obtención de la información solicitada; mientras que la libertad de información es más amplia porque comprende además, los derechos a a) comunicar información veraz -que comprende también el buscar y obtener información- y b) a

---

<sup>351</sup> TENORIO, Guillermo. Op. Cit., p. 459.

recibir información verás en igualdad de condiciones, y no es exclusivo de las entidades públicas, sino que comprende la información con la que cuentan sujetos privados<sup>352</sup>. Podemos observar, pues, que la libertad de información tiene un contenido más amplio e implica posiciones iusfundamentales adicionales.

Similar apreciación tiene ZEGARRA<sup>353</sup>, quien estima que la libertad de información hace referencia a una comprensión más genérica pero abocada a la divulgación y acceso de hechos noticiosos de forma veraz y objetiva; mientras que el derecho de acceso a la información pública implica la posibilidad de acceder a información que se encuentre en poder del Estado, sin importar necesariamente la calidad de la información. Una vez más, la diferencia radica en dos principales aspectos: los sujetos y el tipo de información.

### **5.1. Caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal**

En octubre del 2018 se emitió la sentencia recaída sobre los Expedientes 0012-2018-PI/TC y 0013-2018-PI/TC (acumulados), que se le conoce como el caso de la ley que regula el gasto de publicidad estatal. En esta, se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley N° 30793, publicada del 18 de junio de 2018, por la supuesta vulneración a, entre otros, la libertad de información y el derecho de acceso a la información pública.

Al momento de analizar si dicha Ley vulneraba el derecho a la libertad de información, el Tribunal Constitucional reiteró su jurisprudencia sobre el particular, indicando que este derecho “garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de

---

<sup>352</sup> ABAD, Samuel. Loc. Cit.

<sup>353</sup> ZEGARRA, Diego. Op. Ct., p. 316.

hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz<sup>354</sup> y que, debido a su naturaleza, sí pueden ser sometidos a un test de veracidad<sup>355</sup>. Así, respecto de la publicidad institucional que realiza el Estado, ha entendido que esta tiene funciones informativas por lo que la publicidad estatal está protegida por el derecho a la libertad de información<sup>356</sup>. De esta manera, sostiene que la publicidad estatal institucional<sup>357</sup> es un mecanismo jurídico para concretizar la libertad de información en su dimensión social o colectiva (como derecho de la sociedad en sí misma)<sup>358</sup>.

De otro lado, en lo que respecta a la supuesta vulneración del derecho de acceso a la información pública, el Tribunal Constitucional sostuvo que este derecho se vulnera:

- (i) Por omisión, es decir, cuando la Administración Pública no contesta la solicitud para la obtención de cierta información; y,
- (ii) Por acción, cuando se niega arbitraria y expresamente la información solicitada, se condiciona la entrega de esta a un pago desproporcionado o se brinda información desactualizada, parcial o distinta de la solicitada.<sup>359</sup>

Por lo tanto, en la medida que la ley cuestionada no tiene ninguna restricción en el derecho de las personas en acceder a información que produce, almacena o sistematiza las entidades públicas, no existe vulneración del derecho de acceso a la información pública. Las alegaciones a su vulneración, en todo caso, entrarían

---

<sup>354</sup> F.j. 50.

<sup>355</sup> F.j. 51.

<sup>356</sup> Ff.jj. 73-74.

<sup>357</sup> Entendiendo a esta como la que tiene por finalidad el “promover e informar respecto de conductas de relevancia para la sociedad” (F.j. 82).

<sup>358</sup> F.j. 101.

<sup>359</sup> F.j. 148.

dentro del supuesto de afectación del derecho a la libertad de información que sostuvo el Tribunal<sup>360</sup>.

Sobre esta sentencia, cabe realizar algunos comentarios. En primer lugar, nos llama la atención que los fundamentos referidos a la dimensión colectiva del derecho de acceso a la información tienen relación directa con los de la dimensión objetiva del derecho de acceso a la información pública señalada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional *supra*. De otro lado, es posible advertir que el Tribunal Constitucional insiste en su línea de interpretación de relacionar el derecho de acceso a la información pública con el cumplimiento de las obligaciones relacionadas al derecho de petición. Así, circunscribe el derecho de acceso a la información pública únicamente a lo dispuesto al artículo 2 numeral 5 de la Constitución.

Como venimos sosteniendo a lo largo del presente trabajo, el Tribunal Constitucional parece obviar que existe la transparencia activa y los deberes que de esta se genera en el Estado. La obligación de informar o brindar información, de oficio, a la ciudadanía, encajaría dentro de lo que es transparencia activa. La publicidad institucional, por tanto, tendría una estrecha vinculación con la transparencia y no se relacionaría únicamente con la libertad de información. Antes bien, la publicidad institucional tendría mayor relación con la transparencia activa que con la libertad de información.

---

<sup>360</sup> F.j. 152.

Como vimos previamente, el derecho de acceso a la información pública y la libertad de información tienen contenidos distintos en torno a: a) el tipo de información; b) el sujeto pasivo del derecho; y, c) el interés iusfundamental tutelado. Creemos importante desarrollar esta diferenciación porque se podría confundir la transparencia activa con la libertad de información.

Para mayor profundización, a continuación expondremos cuál creemos que es el contenido del derecho de acceso a la información pública y cuáles son las posiciones *iusfundamentales* tuteladas.

## **6. Nuestro concepto del derecho de acceso a la información pública**

El derecho de acceso a la información pública es una concretización del principio de transparencia, manifestándose como el instrumento normativo a través del cual se hace exigible el comportamiento del Estado conforme a dicho principio. En este sentido, la Constitución en su artículo 2 inciso 5 recoge un contenido del derecho de acceso a la información pública. No obstante, sostenemos que existen otros contenidos que, si bien no han sido recogidos positivamente en nuestro texto Constitucional, sí son parte de dicho derecho porque se derivan directamente del principio constitucional de transparencia.

En este punto, asumimos la concepción analítica o estructural<sup>361</sup> de los derechos fundamentales, según la cual se concibe al derecho fundamental como un todo conformado por posiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental<sup>362</sup>. Lo que en este punto nos es importante recalcar es que dentro de una disposición normativa de derecho fundamentales encontramos distintas posiciones de derecho fundamentales (posiciones *iusfundamentales*), las cuales son las exigencias concretas que se desprenden de la norma de derecho fundamental que tiene una estructura compuesta por tres elementos: el titular, el sujeto obligado y el mandato *iusfundamental*<sup>363</sup>.

Así, dentro de lo que sería la norma de derecho fundamental del derecho de acceso a la información pública encontramos distintas posiciones *iusfundamentales*, una de las cuales será la que se materializa a través de lo que el Tribunal Constitucional ha reconocido como “derecho de petición”. Es decir, una posición *iusfundamental* será la de solicitar información pública de manera inmotivada y sin costo y que el Estado esté en la obligación de otorgar dicha información pública. Sin embargo, esta no será la única posición *iusfundamental* que se encuentra dentro de la norma de derecho fundamental que es el derecho de acceso a la información pública.

Sostenemos que el interés jurídico fundamental que se tutela a través del derecho de acceso a la información pública es la posibilidad de acceder, cuando uno así lo

---

<sup>361</sup> Recogido también en jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia recaída sobre el Exp. 1417-2005-AA/TC, ff.jj. 23 y ss.

<sup>362</sup> SOSA, Juan Manuel. *Acceso a la justicia constitucional. Procedencia del amparo y del recurso de agravio constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 36.

<sup>363</sup> Ídem., p. 37.

estime conveniente, a información que obra en poder de las entidades públicas<sup>364</sup>.

La necesidad fundamental que se busca tutelar a través de este derecho es la referida a poder conocer la información que tiene el Estado.

Así, a través del derecho de acceso a la información pública se tutela el interés de acceder a la información que posee el Estado.

Ahora bien, ¿cómo satisfacemos esta necesidad iusfundamental o cómo hacemos efectivo este derecho? En un primer momento la respuesta era: entreguemos la información cuando esta sea solicitada. Así se configuraba un actuar reactivo propio de una concepción de transparencia pasiva.

Podríamos identificar a esta como la dimensión subjetiva del derecho de acceso a la información pública, en tanto se configura como un derecho de los particulares, de faceta individual, que responde una petición individualizada de conocer cierta información<sup>365</sup>. Esta dimensión es, pues, la que está recogida en nuestra Constitución (art. 2 inciso 5).

En buena cuenta, el interés que se logró identificar y al cual se le brindó tutela constitucional fue el de que la persona pueda conocer la información pública. Este es, pues, un interés fundamental muy distinto del derecho de libertad de información (acceso a la información): este tutela el acceder y divulgar información (de cualquier titularidad) veraz y objetiva.

---

<sup>364</sup> En lo posterior, expresiones genéricas como “información que obra en poder del Estado” o similares abarcarán a lo que se reconoce como información pública de acuerdo al artículo 10 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

<sup>365</sup> ISENSEE, Carlos y MUÑOZ, Jorge. Op. Cit., pp. 57-58.

De ello, es importante exponer nuevamente los contenidos del derecho de acceso a la información pública en comparación con otros derechos similares o relacionados.

	<b>Derecho de acceso a la información pública</b>	<b>Derecho de libertad de información</b>
<b>Interés iusfundamental tutelado</b>	Acceder a información en poder del Estado	Conocer y divulgar información veraz y objetiva
<b>Sujeto pasivo</b>	Estado	Estado y privados
<b>Objeto</b>	Información pública	Información veraz y objetiva / hechos noticiosos

Elaboración: propia.

De esta manera, podemos apreciar que el derecho de acceso a la información pública, más allá de lo reconocido positivamente en el artículo 2 inciso 5 de la Constitución, tiene un contenido diferenciado del derecho de libertad de información. Sostenemos que lo recogido en el artículo 2 inciso 5 de la Constitución es uno de los distintos contenidos que puede tener el derecho de acceso a la información pública.

Creemos que el reconocer a nivel constitucional la transparencia pasiva (solicitud de acceso a la información pública) es una primera etapa en el reconocimiento de los contenidos del principio de transparencia y del derecho de acceso a la información pública. Dicha formulación inicial era entendible en el momento en que fue recogido este derecho en las constituciones latinoamericanas (fines del Siglo XX) pues otros mecanismos de poner información a disposición de todos, como obligación constitucional, resultarían excesivamente costosos. En efecto, hubiese

vido poco sensato, a fines del Siglo XX, exigirle al Estado que ponga a disposición de toda la ciudadanía y de manera siempre accesible a esta cierta información (por las limitaciones tecnológicas). Esto equivaldría a empapelar la entidad y hacer uso intensivo de los periódicos murales. No obstante, cabe preguntarnos si a la luz de los avances tecnológicos de hoy, la reducción del derecho de acceso a la información pública al derecho de petición resulta adecuada.

En efecto, cabe preguntarnos también si la tecnología hoy en día nos brinda mecanismos a través de los cuales hacer viable la puesta de información para toda la sociedad. La respuesta es afirmativa. En efecto, nuestra Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública recoge ello en la obligación de publicar cierta información en los portales de transparencia. Ahora bien, la siguiente pregunta a responder es si dicha obligación de publicar cierta información en los portales de transparencia tiene trascendencia constitucional. A ello, nuestra respuesta también es afirmativa, como lo desarrollaremos en el siguiente capítulo.

La transparencia, en su manifestación activa, impone este deber en las entidades, deber recogido en la ley pero no por ello sin trascendencia constitucional. Este se constituye en otro contenido del derecho de acceso a la información pública: la obligación de las entidades de publicar información conforme a ley.

En el presente capítulo hemos desarrollado cómo la transparencia, desde inicios de la configuración moderna del Estado, ha estado vinculada con la exigencia de un actuar justo por parte del Estado. Este principio, si bien está recogido en la

Constitución para ámbitos específicos, goza de un reconocimiento implícito para todo el actuar estatal gracias a otros principios constitucionales, como el democrático y el republicano. A nivel legal, la transparencia ha sido recogida, bajo régimen general, en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y también está presente en regímenes administrativos especiales. Este principio también goza de reconocimiento internacional, ya sea tanto normativo, de *soft law* y jurisprudencial. Asimismo, pudimos observar cómo es que la transparencia demanda del Estado distintos tipos de actuar: la transparencia pasiva implica el responder solicitudes de acceso a la información pública; mientras que la transparencia activa implica que el Estado debe hacer pública cierta información de oficio.

De otro lado, el derecho de acceso a la información pública, como una manifestación del principio de transparencia, también está recogido en nuestra Constitución. La ley como la jurisprudencia constitucional lo desarrollan, resaltando de esto último el que se haya hecho énfasis sobre las dimensiones procedimentales del derecho de acceso a la información pública, equiparándolo incluso al derecho de petición. De otro lado, a nivel de instrumentos normativos internacionales y jurisprudencia interamericana, se ha vinculado el derecho de acceso a la información pública con la libertad de expresión. Nosotros consideramos que el derecho de acceso a la información pública tiene contenidos diferenciados del derecho de petición y del derecho de libertad de información. Asimismo, teniendo en cuenta el contenido autónomo del derecho de acceso a la información pública, entendemos que este cubre el interés fundamental de que el ciudadano pueda acceder o pueda tener

conocimiento de la información que crea o posee el Estado. Así, si bien el artículo 2 inciso 5 de nuestra Constitución sería una forma en la que se cubre dicho interés, este no sería el único pues la transparencia activa también sería un mecanismo a través del se cubre este y, por tanto, tendría trascendencia constitucional.

En definitiva, creemos que la evolución e incorporación de nuevos contenidos al derecho de acceso a la información pública va de la mano con la evolución de la Administración pública y su relación con el ciudadano. Evolución que va de la mano con el desarrollo de las TIC. Abordaremos con mayor profundidad este ámbito en el siguiente capítulo.



## Capítulo III

### **La transparencia, el derecho de acceso a la información pública y su redimensionamiento a la luz de los cambios introducidos por Internet y las TIC**

Como indicamos previamente en el Capítulo I, una vez que la norma se ha desvinculado de la sociedad, cabe realizar una interpretación evolutiva para adaptarla a esta sociedad que ya cambió. En el caso concreto del derecho de acceso a la información pública, tanto la Constitución, como la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo encuadran en lo que sería el artículo 2 inciso 5 de la Constitución: la transparencia pasiva. No obstante, esta visión estática del texto constitucional lo aleja de la realidad, cambiante, y del rol de la sociedad de la información en el ejercicio de distintos derechos fundamentales.

La sociedad de la información actual tiene su base en el uso y transmisión de la información a bajo costo y el almacenamiento de esta a través de tecnologías que facilitan su transmisión: todo ello hace propicio el nacimiento de todo un mercado de la información<sup>366</sup>. Esta información, circulando casi al instante, dinamiza la participación social lo cual permite cumplir con el objetivo de la filosofía liberal: permitir que el poder –información- retorne a la sociedad<sup>367</sup>. Así, Internet, al permitir un gran flujo de información a bajo costo, permite que el poder se distribuya de mejor manera: no solo el Estado tiene información, sino que la información llega a toda la sociedad.

---

<sup>366</sup> FERNÁNDEZ, Luisa. Op. Cit., pp. xx – xi.

<sup>367</sup> PRIETO, Margarita. *Informática jurídica: el derecho ante un gran reto*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1984, p. 165.

De la misma manera, las tecnologías actuales permiten una mayor comunicación entre representantes y representados, y facilita, así, el ejercicio de la participación política<sup>368</sup>. En efecto, ya sea que la interacción se realice de manera más sencilla a través de correo electrónico, o que incluso se permita una interacción directa a través de redes sociales (como Twitter), la expansión de Internet ha permitido y facilitado que, incluso sin la necesidad de tener una computadora, con el solo teléfono móvil una persona pueda solicitar o reclamar algo a algún funcionario público u opinar respecto de determinado tema de interés nacional.

En este capítulo analizaremos cómo es que Internet y las redes sociales modifican el derecho de acceso a la información pública. Partiendo de los presupuestos de una interpretación evolutiva, y teniendo en cuenta cómo las tecnologías de la información y comunicación actuales modifican a la sociedad, y dentro de esta, las interacciones entre personas (entre ellas y con el Estado), analizaremos qué nuevos contenidos tiene el derecho de acceso a la información pública a la luz de las TIC.

### **I. La transparencia y las TIC en la normativa peruana**

Pudimos apreciar en el Capítulo II que el principio de transparencia está recogido en nuestra Constitución, de manera implícita para todo el actuar estatal y de manera explícita para la Junta Nacional de Justicia y para los partidos políticos. A nivel legal se desarrolla su régimen general en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. También, a nivel legal, este principio está desarrollado para

---

<sup>368</sup> DÍAZ, Francisco. *Los Derechos Humanos...* Op. Cit. p. 203.

regímenes administrativos especiales: el de contrataciones con el Estado y el ambiental.

Ahora bien, en la normativa relacionada a las TIC y el Estado también este principio está presente. Como veremos más adelante, esto denota la relación tecnología – transparencia que existe en nuestro ordenamiento jurídico. Pasemos, pues, a abordar las normas de tecnología en nuestro país y su relación con el principio de transparencia.

### **1. Ley de Gobierno Digital**

El 13 de setiembre de 2018 se publicó en El Peruano el Decreto Legislativo N° 1412, a través del cual se aprueba la Ley de Gobierno Digital. Dicha norma “tiene por objeto establecer el marco de gobernanza del gobierno digital para la adecuada gestión de la identidad digital, servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital y datos, así como el régimen jurídico aplicable al uso transversal de tecnologías digitales en la digitalización de procesos y prestación de servicios digitales por parte de las entidades de la Administración Pública en los tres niveles de gobierno”<sup>369</sup>. Asimismo, se establece que la Ley tiene como finalidad, entre otras, el mejorar la prestación y acceso de servicios digitales “**que faciliten la transparencia** para el ciudadano y personas en general”<sup>370</sup> (resaltado nuestro).

La norma también establece que el ámbito de aplicación de esta es toda entidad que forma parte de la Administración Pública de acuerdo al artículo I del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo

---

<sup>369</sup> Artículo 1.

<sup>370</sup> Artículo 4 numeral 1 de la Ley de Gobierno Digital.

General<sup>371</sup>. Es decir, similar ámbito de aplicación que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Esta norma es sumamente relevante pues introduce definiciones nuevas en nuestro ordenamiento jurídico, tales como qué se debe entender por tecnología digital o entorno digital<sup>372</sup>. Además, la Ley de Gobierno Digital incorpora un principio que resulta relevante para las finalidades del presente trabajo de investigación: el de datos abiertos por defecto. Según esta ley, este principio implica que:

Los datos se encuentran abiertos y disponibles de manera inmediata, sin comprometer el derecho a la protección de los datos personales de los ciudadanos. Ante la duda corresponde a la Autoridad de Transparencia definirlo.<sup>373</sup>

En este sentido, la norma también define qué se debe entender por *datos*: “representación dimensionada y descifrable de hechos, información o concepto, expresada en cualquier forma apropiada para su procesamiento, almacenamiento, comunicación e interpretación”<sup>374</sup>. Estos datos tienen que publicarse, almacenarse y ponerse a disposición durante el tiempo que sea necesario de acuerdo a la normativa, entre otras, de transparencia<sup>375</sup>.

---

<sup>371</sup> Artículo 2.

<sup>372</sup> **Artículo 3.- Definiciones**

(...)

**1. Tecnologías Digitales.-** Se refieren a las Tecnologías de la Información y la Comunicación - TIC, incluidos Internet, las tecnologías y dispositivos móviles, así como la analítica de datos utilizados para mejorar la generación, recopilación, intercambio, agregación, combinación, análisis, acceso, búsqueda y presentación de contenido digital, incluido el desarrollo de servicios y aplicaciones aplicables a la materia de gobierno digital.

**2. Entorno Digital.-** Es el dominio o ámbito habilitado por las tecnologías y dispositivos digitales, generalmente interconectados a través de redes de datos o comunicación, incluyendo el Internet, que soportan los procesos, servicios, infraestructuras y la interacción entre personas.

<sup>373</sup> Artículo 5 numeral 9 de la Ley de Gobierno Digital.

<sup>374</sup> Artículo 23 numeral 1 de la Ley de Gobierno Digital.

<sup>375</sup> Artículo 23 numeral 2 de la Ley de Gobierno Digital.

En buena cuenta, en lo referido al principio de transparencia, podemos observar que la ley establece un marco de actuación para las entidades públicas en ámbitos digitales para mejorar la prestación de servicios y la transparencia. Así, una de forma de lograr ello es través de establecer que los datos de las entidades públicas se encuentran abiertos y disponibles por defecto. Es decir, toda información que generen las entidades públicas y que represente hechos, informaciones, conceptos, etcétera, debe ponerse a disposición inmediatamente y deben estar abiertos, en concordancia con lo regulado en la Ley de Transparencia.

Podemos observar, entonces, cómo es que la Ley de Gobierno Digital, para potenciar la transparencia del Estado, establece que la información que genere la Administración pública debe estar abierta y disponible de manera inmediata. Esto, gracias a la penetración de las tecnologías digitales y el acercamiento del Estado al entorno digital.

## **2. Decreto Supremo que aprueba la “Estrategia Nacional de Datos Abiertos Gubernamentales del Perú 2017 - 2021” y el “Modelo de Datos Abiertos Gubernamentales del Perú”**

A través de Decreto Supremo N° 016-2017-PCM se publicó, el 12 de febrero de 2017, el Decreto Supremo que aprueba la “Estrategia Nacional de Datos Abiertos Gubernamentales del Perú 2017 - 2021” y el “Modelo de Datos Abiertos Gubernamentales del Perú”. En esta norma se desarrolla lo relativo a la apertura de datos mencionado previamente. Los datos abiertos, de acuerdo a la norma, tienen por finalidad mejorar “la prestación de los servicios públicos que el Estado brinda a la ciudadanía, como parte del proceso de modernización de la gestión pública,

promoviendo la colaboración y la participación ciudadana en el marco de un gobierno abierto<sup>376</sup> y detalla que se aplicarán “en concordancia a las normas en materia de transparencia y acceso a la información pública y normas complementarias”<sup>377</sup>.

Ahora bien, ¿qué son exactamente los datos abiertos? De acuerdo a la Estrategia Nacional de Datos Abiertos Gubernamentales del Perú 2017-2021, se define a los datos abiertos de la siguiente manera:

Es la información producida por las entidades públicas que en su forma básica resulta accesible para cualquier persona desde Internet, sin restricciones de ningún tipo, salvo las excepciones previstas en la normatividad vigente, que se caracteriza porque siempre se encuentra disponible en formatos que pueden ser fácilmente procesados, sin costo para su obtención, sin limitaciones para su reutilización y redistribución por terceros y que permita crear servicios derivados de los mismos.<sup>378</sup>

En síntesis, datos abiertos implica que las entidades hagan pública la información que tengan (que sean datos) y que estos sean accesibles sin ningún tipo de restricciones (como pueda ser licencia de *software*, etc). Una principal característica de este tipo de datos es que se permita su reutilización por parte de los ciudadanos y se permita crear servicios derivados de estos. Esta definición tiene relación con los principios propios de los datos abiertos, los cuales también son reconocidos por la norma<sup>379</sup>:

**1. Abiertos por defecto.** Los datos que están disponibles de manera inmediata en forma estructurada y en base de datos que no comprometen los derechos a la privacidad de los ciudadanos, debiendo anonimizar los datos antes de su publicación de ser el caso.

---

<sup>376</sup> Artículo 4 Decreto Supremo N° 017-2017-PCM.

<sup>377</sup> Artículo 5 Decreto Supremo N° 017-2017-PCM.

<sup>378</sup> Estrategia Nacional de Datos Abiertos Gubernamentales del Perú 2017-2021, p. 4.

<sup>379</sup> *Íbidem*.

**2. Oportuno y comprensible.** Disponibilidad de inventario de información que permita su priorización, consultas a los usuarios de los datos, garantizando su calidad, con el mayor nivel posible de granularidad, es decir, con mayor detalle de la información.

**3. Accesible y utilizable.** Los datos son fácilmente ubicables en un portal central y quedan disponibles para la mayor cantidad posible de usuarios y propósitos, permitiendo tomar mejores decisiones a gobiernos, ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil y del sector privado y la Academia. Los datos abiertos están disponibles en formatos abiertos, gratuitos, bajo licencia abierta y sin restricciones de acceso.

**4. Comparable e interoperable.** Los datos deben estar en formatos estructurados y estandarizados para soportar la interoperabilidad y facilitar la comparación, la trazabilidad y la reutilización efectiva.

**5. Mejora la Gobernanza y la participación ciudadana.** La apertura de datos fortalece la gobernanza y la confianza en nuestras entidades públicas, mejora la toma de decisiones y la prestación de los servicios públicos.

**6. Datos Abiertos para la Innovación.** La apertura estimula la creatividad e innovación de los integrantes del ecosistema de los datos abiertos generando beneficios sociales y económicos para la ciudadanía, con fines comerciales o no.

Nuevamente, se puede apreciar que, en concordancia con la Ley de Gobierno Digital, se reconoce cómo es que los datos abiertos implican un potenciamiento en la transparencia estatal. Y no solo es potenciar la transparencia, sino que la transparencia del Estado genere un valor agregado: que esta permita la innovación y la creación de nuevo conocimiento/información. Podemos observar, entonces, que en lo referido a datos abiertos, se exige incluso un actuar adicional del Estado: que los datos e información pública que generen, estén conforme a los parámetros y principios de los datos abiertos.

### **3. Agenda Digital peruana 2.0**

En julio de 2017 se aprobó el “Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú – La Agenda Digital Peruana 2.0”<sup>380</sup>. Dicho Plan de Desarrollo tiene como objetivo general el permitir que la sociedad peruana acceda “a los beneficios que brinda el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación en todos sus aspectos”<sup>381</sup>. Esto se pretende lograr a través del desarrollo de ocho objetivos con sus respectivas estrategias.

Entre estos objetivos, llamamos la atención sobre el Objetivo 8: Lograr que los planteamientos de la Agenda Digital Peruana 2.0 se inserten en las políticas locales, regionales, sectoriales, y nacionales a fin de desarrollar la Sociedad de la Información y el Conocimiento. Para alcanzar dicho objetivo, entre otras, se implementa la Estrategia 3: Desarrollar e implementar mecanismos para asegurar el acceso oportuno a la información y una participación ciudadana como medio para aportar a la gobernabilidad y transparencia de la gestión del Estado.

La Agenda Digital Peruana reconoce el rol que juegan las TIC al momento de facilitar a la ciudadanía medios de acceso a información pública que las entidades del Estado generan. De acuerdo a ello, se alienta a las entidades a apoyarse en las TIC “para realizar sus acciones de manera pública, dando a conocer la información de carácter público que las personas deseen obtener, garantizando su derecho a la

---

<sup>380</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N° 066-2011-PCM.

<sup>381</sup> Ídem., p. 7.

información y salvaguardando la protección de los datos personales de los solicitantes”<sup>382</sup>.

En conclusión, podemos observar que, para la política pública de acceso a las TIC, resulta trascendente que las entidades brinden sus servicios y utilicen las TIC para cumplir mejor con sus funciones. Entre ellas, se encuentra el utilizar las TIC para mejorar la transparencia y el acceso a la información pública.

#### **4. Política Nacional de Gobierno Electrónico**

En julio del 2013 se publicó el Decreto Supremo N° 081-2013-PCM, mediante el cual se aprueba la Política Nacional de Gobierno Electrónico 2013-2017. En este se establece al uso eficiente de las TIC y al Gobierno Electrónico como obligaciones del Estado centradas en todas las personas y su adecuada identificación electrónica como elemento transversal en la definición de políticas relacionadas con, entre otros, la gobernabilidad democrática y la transparencia.

El Gobierno Electrónico, en la medida que es transversal a todas las entidades de la Administración Pública (señaladas en el artículo I del Título Preliminar del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General), se constituye en una política de Estado que tiene como objetivos, entre otros:

2. Acercar el Estado a los ciudadanos, de manera articulada, a través de las tecnologías de la información que aseguren el acceso oportuno e incluso a la información y participación ciudadana como medio para contribuir a la gobernabilidad, transparencia y lucha contra la corrupción en la gestión del Estado.

---

<sup>382</sup> Ídem., p. 59.

De la misma manera, la transparencia ha sido establecida como un Lineamiento Estratégico para el Gobierno Electrónico. Esto implica que se ha de promover “la gestión del Estado a través de nuevos canales que permitan la participación del ciudadano en las funciones públicas con información confiable, oportuna y accesible”.

Como podemos apreciar, en lo referido a Gobierno Electrónico, el Plan para el año 2013 – 2017 preveía que el Estado debía acercarse al ciudadano a través de las TIC, en miras a mejorar y fortalecer sus servicios y la transparencia estatal. Nuevamente, resalta cuán vinculada está la transparencia al uso de las TIC y cómo estos últimos la potencian.

## **5. Plan de Acción del Perú para su incorporación a la Alianza de Gobierno Abierto**

En setiembre del 2011, en el marco de la 66° Asamblea de las Naciones Unidas, el gobierno peruano dio a conocer su interés de formar parte del *Open Government Partnership* (o Alianza de Gobierno Abierto). Esta es una iniciativa internacional “voluntaria y multisectorial que pretende asegurar compromisos concretos de los gobiernos a sus ciudadanos para promover la transparencia, empoderar a los ciudadanos, luchar contra la corrupción y aprovechar las nuevas tecnologías para fortalecer la gobernabilidad”<sup>383</sup>.

Para formar parte de dicha Alianza, los Estados debían suscribir la Declaración de Gobierno Abierto, de setiembre de 2011, a través de la cual los Estados aceptan la

---

<sup>383</sup> PCM. Perú. *Gobierno Abierto. Puertas abiertas para todos*, p. 2.  
<<http://www2.pcm.gob.pe/PDFs/brochureGAP.pdf>>

responsabilidad de fortalecer los compromisos de “promover la transparencia, combatir la corrupción, empoderar a los ciudadanos y aprovechar el poder de las nuevas tecnologías para hacer que el gobierno sea más efectivo y responsable”<sup>384</sup>. Así, en base a ello, los Estados parte se comprometieron a, entre otros, **aumentar la disponibilidad de información sobre actividades gubernamentales**.

Ello gira en torno a que los Estados asumían los siguientes compromisos<sup>385</sup>:

- Promover un mayor acceso a la información y divulgación sobre actividades gubernamentales en todos los niveles de gobierno.
- Aumentar esfuerzos para recopilar y publicar sistemáticamente datos sobre el gasto y el rendimiento del gobierno para servicios y actividades públicas esenciales.
- Proporcionar de manera proactiva información de alto valor, incluidos datos sin procesar, de manera oportuna, en formatos que el público pueda localizar, comprender y usar fácilmente, y en formatos que faciliten su reutilización.
- Proporcionar acceso a recursos efectivos cuando la información o los registros correspondientes se retengan de manera inadecuada, incluso a través de una supervisión efectiva del proceso de recurso. Reconocen, de esta manera, la importancia de los estándares abiertos para promover el acceso de la sociedad civil a los datos públicos, así como para facilitar la interoperabilidad de los sistemas de información gubernamentales.

---

<sup>384</sup> <https://www.opengovpartnership.org/es/process/joining-ogp/open-government-declaration/>

<sup>385</sup> *Ibidem*.

- Buscar comentarios del público para identificar la información de mayor valor para ellos, y se comprometen, también, a tener en cuenta dichos comentarios en la mayor medida posible.

Es en base a esta intención de formar parte de la Alianza de Gobierno Abierto que en abril de 2012 se aprobó el Plan de Acción del Perú para su incorporación en la Sociedad de Gobierno Abierto a través de la Resolución Ministerial N° 085-2012-PCM. De la misma forma, a través de la Resolución Ministerial N° 378-2017-PCM, se aprobó el Plan Nacional de Gobierno Abierto 2017-2019.

Como es posible observar, el Perú ha asumido un compromiso internacional que busca potenciar la transparencia y el acceso a la información pública y lograr generar valor a partir de ello. Estos compromisos van en línea de las normas expuestas previamente: se busca que, a través de las TIC, Perú logre mayores niveles de transparencia. De la misma manera en que Internet posibilita una mayor comunicación entre representantes y representados<sup>386</sup>, Internet también tiene el potencial para posibilitar mayor transparencia.

De lo expuesto en este apartado, podemos llegar a la conclusión que la normativa peruana en materia de TIC y transparencia disponen que: i) el Estado utilice las TIC como medio para promover y fortalecer la transparencia; y ii) la información pública, si son datos, tengan que estar de acuerdo al principio de datos abiertos.

---

<sup>386</sup> DÍAZ, Francisco. *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances...* Op. Cit. p. 203.

Como podemos observar, existe una estrecha relación entre normativa de TIC y transparencia. Creemos que esta relación no es casual: en la medida que avanza la tecnología, la transparencia se potencia cada vez más. En tanto se han ido cambiando y añadiendo nuevos cambios tecnológicos, las Administraciones públicas también han tenido que cambiar e ir evolucionando con estos cambios. El concepto de transparencia (y el derecho de acceso a la información pública) y los distintos tipos de transparencia no son los mismos hoy en día que hace 40 años. Este punto será abordado a continuación.

## **II. Los distintos tipos de transparencia y su relación con las TIC y la Administración Pública**

El derecho de acceso a la información pública y la transparencia se relacionan con la tecnología de la misma manera que se relacionan con la Administración pública. El concepto de un principio o derecho puede variar de acuerdo a cómo los cambios tecnológicos influyen en las Administraciones y estas, a su vez, cumplen sus deberes y realizan los derechos de los ciudadanos.

En la medida que no hay sistema perfecto, y que la democracia representativa también presenta imperfecciones, la tecnología se presenta como una oportunidad para mejorar los derechos reconocidos en las democracias liberales<sup>387</sup>. Como bien lo indica DÍAZ REVORIO<sup>388</sup>, “los sistemas constitucionales tienen que desarrollar

---

<sup>387</sup> VERA, José Manuel. “Algunas reflexiones sobre cómo ser demócrata hoy y no morir entre bytes”. *Pensamiento Constitucional*, Vol. 21, Núm. 21, 2016, pp. 279-280.

<sup>388</sup> DÍAZ, Francisco. *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances...* Op. Cit. p. 19-20.

las nuevas tecnologías como instrumento al servicio del hombre y de mejorar sus condiciones de vida e información”.

Este deber general del Estado se manifiesta también en la Administración Pública. En efecto, a través de la informática y otras disciplinas derivadas de las TIC, la Administración pública puede mejorar “no solo sus relaciones con las personas, sino incluso facilitar el acceso a aquellas que se encuentran en situaciones de mayor dificultad a la hora de entrar en contacto con sujetos públicos/privados”<sup>389</sup>. Es decir, la tecnología ayuda a que la Administración permita el ejercicio de los derechos de personas que, por cuestiones de distancia u otros similares, no pueden entrar en contacto fácilmente con esta.

Como expusimos en el capítulo anterior, existen dos tipos de transparencia: la transparencia activa y la transparencia pasiva. La primera, tiene que ver con el deber de las entidades públicas de proporcionar información de oficio. No obstante, esta posibilidad de poner a disposición información pública de oficio únicamente es posible, sostenemos, gracias a la irrupción de la tecnología y cómo esta cambia a la Administración Pública. Hemos logrado identificar tres tipos de transparencia que se relacionan con tres etapas y conceptos de la Administración pública, a saber:

1. Administración pública tradicional – Transparencia pasiva
2. Gobierno electrónico – Transparencia activa
3. Gobierno abierto – Transparencia proactiva<sup>390</sup>

---

<sup>389</sup> SÁNCHEZ, Juan. Op. Cit., p. 21.

<sup>390</sup> Esta clasificación de los tipos de transparencia y de sus alcances ha sido recogida previamente en un ppt elaborado por HOSTOS, Víctor para la Presidencia del Consejo de Ministros

Estos tres tipos de transparencia serán desarrollados a continuación, teniendo en cuenta cómo cada etapa de la Administración pública influye en la transparencia, en general, y en el derecho de acceso a la información pública, en particular. Para ello, es necesario volver a recordar cuál es el interés *iusfundamental* que se tutela a través del derecho de acceso a la información pública para, en base a ello, determinar cómo este cambia conforme cambia la Administración pública y las tecnologías.

Volvamos a la identificación hecha previamente sobre el interés tutelado por el derecho de acceso a la información pública: el poder acceder a la información en poder del Estado (información pública). Consideramos que, una vez que los operadores del Derecho lograron identificar el interés *iusfundamental* referido a tener conocimiento (acceder) sobre la información que tiene el Estado (información pública), a la pregunta sobre cómo satisfacer dicho interés, la primera respuesta que se dio fue la de generar la obligación en el Estado de entregarla cuando esta sea solicitada. ¿Cómo tutelo este interés *iusfundamental*? Entregando la información cuando sea solicitada. Una perspectiva reactiva y pasiva de la

---

“TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DE UNA BUENA ATENCIÓN CIUDADANA”. Accesible en: <<https://slideplayer.es/slide/10880996/>>. También INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (INAI). *Gobierno Abierto y Transparencia Proactiva*. México DF, 2017. <<https://transparencia.info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/manualgaimprenta.pdf>>

Asimismo, también es cierto que existe cierta bibliografía que recoge el término de transparencia proactiva pero lo refiere a lo que nosotros entendemos por transparencia activa. Preferimos mantener esta definición triádica transparencia pasiva – transparencia activa - transparencia proactiva porque ello nos permitirá ver cómo va cambiando y evolucionando las TIC y cómo es que, al tener en cuenta la transparencia proactiva, se exige un actuar extra, más allá de la transparencia activa. Ver PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. *Programa de fortalecimiento de capacidades en materia de Gobierno Abierto dirigido a gobiernos regionales y locales. Transparencia Gobierno Abierto*. Fascículo 1, 2014.

<<https://sgp.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Fasciculo-1-Transparencia.pdf>>

Administración en la que esta solo satisfecerá dicho derecho cuando sea pedido por el ciudadano. Estamos, pues, ante la clásica faceta del derecho de petición.

Ahora bien, creemos que esta primera respuesta se dio por el estado tecnológico en el que se encontraba la Administración pública en ese entonces y el desarrollo histórico y los paradigmas del actuar de la Administración pública. Hoy en día, tomando en cuenta los avances tecnológicos de la sociedad, el Estado, y la Administración pública, dicha respuesta inicial es (o debería ser) insuficiente. En la medida que “la evolución de la gestión de las administraciones públicas ha transitado de la mano de las transformaciones en las sociedad contemporáneas, especialmente, aquellas relacionadas con los cambios tecnológicos”<sup>391</sup>, el derecho de acceso a la información pública y la transparencia también han de transformarse junto con estos cambios.

### **1. Transparencia pasiva – Administración Pública tradicional**

Siguiendo a lo desarrollado por Juan Ignacio CRIADO, este autor entiende a la Administración Pública tradicional como manifestación del modelo burocrático weberiano. Su auge es a lo largo del siglo XX y hasta los años 80 y se identifica con la teoría política liberal<sup>392</sup>.

(...) Este modelo (...) cuenta como eje central de interés el cumplimiento estricto de las normas para garantizar la igualdad de trato de los usuarios para, al menos en teoría, evitar cualquier discrecionalidad del poder pública y del funcionariado. En consecuencia con ello, el tipo de Estado sobre el que se asienta este modelo es netamente garantista en cuanto a su papel de control sobre el cumplimiento del ordenamiento jurídico, lo

---

<sup>391</sup> CRIADO, Ignacio. “Las administraciones públicas en la era del gobierno abierto. Gobernanza inteligente para un cambio de paradigma en la gestión pública”. *Revista de Estudios Políticos*, N° 173, 2016, pp. 247.

<sup>392</sup> Ídem., p. 252.

que lleva a la existencia de un tipo de administración pública altamente burocratizada ya pegada al procedimiento (...) [el] papel del directivo público es [de] garante de la norma y [d]el recto cumplimiento del procedimiento administrativo, así como la consideración de las personas receptoras de los servicios públicos como usuarias cuya relación con las organizaciones públicas es meramente **reactiva**. (resaltado nuestro)<sup>393</sup>

El papel que las TIC juegan en este modelo es básicamente de automatización de tareas. En efecto, si se daba algún uso a las herramientas informáticas era básicamente para que, al interior de la Administración, se permita gestionar y administrar de manera más eficiente y rápida cierta información.

De esta manera, si tomamos este modelo clásico de Administración pública y lo enfrentamos al interés del ciudadano de acceder a la información que esta posee, es natural y lógica que la respuesta sea la de satisfacerlo a través del derecho de petición. Con una percepción de Estado meramente garante, enmarcar el derecho de acceso a la información pública en el derecho de petición es una lógica consecuencia.

Esta percepción del Estado y del actuar de la Administración pública es la que recoge el Tribunal Constitucional al concebir este derecho únicamente como manifestación del derecho de petición. En buena cuenta, nuestra jurisprudencia constitucional, al momento de enmarcar el derecho de acceso a la información pública en el ámbito reactivo-pasivo del Estado, enmarca y conceptualiza, también, que nuestra Administración Pública se rige bajo los parámetros de una Administración Pública tradicional.

---

<sup>393</sup> Íbidem.

No obstante, este modelo de gestión administrativa ha ido evolucionando impulsado, en gran medida, por las TIC. Así, han ido surgiendo conceptos que modifican la concepción de la Administración pública tradicional, como el de Gobierno electrónico.

## **2. Transparencia activa – Gobierno electrónico**

Sin lugar a dudas uno de los mayores cambios que se dieron en el Estado son aquellos producidos por la revolución digital de fines del siglo XX. La inmersión en las TIC y la informática supuso un cambio en la sociedad y, de la misma manera, un cambio en cómo el Estado lleva a cabo (o debería llevar a cabo) el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

La informática se convierte hoy en una herramienta esencial para el Estado social y la prestación de servicios públicos<sup>394</sup>. Así, las TIC permiten poner a disposición de la ciudadanía un gran volumen de información y, también, cauces electrónicos que posibilitan mayores interacciones de esta con los órganos y representantes políticos<sup>395</sup>.

Ahora bien, para pasar a analizar este aspecto es necesario definir primero qué es el gobierno electrónico. ROBALINO-ORELLANA<sup>396</sup>, citando a Tomás GARCÍA FERRARI, sostiene que éste es el uso de las tecnologías de la información y el conocimiento (TICs) en miras de promover un gobierno más eficiente y efectivo, facilitar el acceso a sus servicios, permitir un mayor acceso público a la información

---

<sup>394</sup> SÁNCHEZ, Juan. Op. Cit., p. 246.

<sup>395</sup> CAMISÓN, José Ángel. Op. Cit., p. 131

<sup>396</sup> ROBALINO-ORELLANA, Javier. "Retos de la organización administrativa. De la ley de indias al e-government. La inevitable presencia del gobierno electrónico". *Retos de la organización administrativa contemporánea*. San Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011, p. 388.

y hacer al gobierno más responsable ante los ciudadanos. Por otro lado, JIJENA<sup>397</sup> explica que el gobierno electrónico hace referencia “al uso de sistemas, documentos electrónicos y redes como Internet para realizar de manera eficiente (...) y a bajo costo la gestión estatal”.

De otro lado, también se ha afirmado que el gobierno electrónico tiene como objetivo el procesar información y reorganizar la gestión de la Administración para que, “dentro de los límites establecidos por la constitución y las leyes, la administración pública opere en forma eficiente, transparente y beneficiosa para los ciudadanos”<sup>398</sup>.

VARGAS<sup>399</sup>, luego de recoger una vasta bibliografía en torno a distintas definiciones de gobierno electrónico, llega a la conclusión que en estas definiciones se engloban, al menos, los siguientes elementos:

- Está relacionado con la aplicación de las TIC e implica innovación en las relaciones internas y externas del Gobierno con otras agencias gubernamentales, con sus propios empleados, con las empresas y con el ciudadano, particularmente aplicaciones relacionadas con Internet.
  - Afecta a la organización y función de Gobierno en lo relativo al acceso y a la provisión de información gubernamental y a la prestación de servicios de sus ciudadanos, así como su participación en procesos políticos.
  - Busca optimizar el uso de los recursos para el logro de los objetivos gubernamentales.
- (...)

---

<sup>397</sup> JIJENA, Renato. “Gobierno Electrónico, Transformación Tecnológica del Gobierno y Derecho”. *Foro Jurídico*, N° 15, 2016, pp. 201.

<sup>398</sup> PERES, Wilson y HILBERT, Martín (ed.). *La sociedad de la información en América Latina y el Caribe. Desarrollo de las tecnologías y tecnologías para el desarrollo*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2009, p. 242.

[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2537/1/S0900902\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2537/1/S0900902_es.pdf)

<sup>399</sup> Vargas, César. “El Gobierno Electrónico o e-Gobierno”. *Uni-Pluri/Versidad*, Vo. 11, No. 1, 2011, pp. 4-9.

En este modelo de Gobierno Electrónico, como pudimos ver, las TIC son utilizadas para mejorar la relación de la Administración con su entorno<sup>400</sup>. Así, dependiendo del objetivo que se pretenda cumplir, se buscará utilizar las TIC para potenciar dicho cumplimiento: si el Estado ha de cumplir su función recaudatoria tributaria, utilizará las TIC para facilitar ello; si va a prestar algún servicio, utilizará las TIC para facilitar el pago de la tasa o precio público; si va a cumplir con su función y rol fiscalizador, habilitará un mecanismo para permitir denuncias a través de Internet, etcétera.

Del mismo modo, si el Estado reconoce a la transparencia como un principio constitucional y al derecho de acceso a la información pública como un derecho fundamental, el Estado deberá utilizar las TIC para facilitar dichos fines: publicación de información en portales de transparencia, permitir la presentación de solicitudes a través de su página web, etcétera. En definitiva, el evolucionar del modelo de Administración pública tradicional a uno de gobierno electrónico, implica, para los fines del presente texto, una optimización de la relación Estado-ciudadano a través de medios electrónicos (preferiblemente Internet) en lo relativo a la transparencia y el acceso a información pública.

Consideramos que la transparencia activa es, precisamente, una exigencia del Gobierno Electrónico a nuestra Administración pública. En la normativa peruana la transparencia activa se manifiesta en la regulación legal de los portales de transparencia de las entidades públicas. En efecto, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (arts. 5 y 6) regula la obligación, progresiva, de

---

<sup>400</sup> CRIADO, Ignacio. Op. Cit., p. 251.

difundir a través de Internet cierta información<sup>401</sup>. Es importante recalcar que esta obligación no pudiese haber sido configurada si no fuese por la aparición de Internet (y los presupuestos de gobierno electrónico) el cual facilitó e hizo viable la posibilidad de poner a disposición de todas las personas cierta información a costos muy reducidos.

Ahora bien, consideramos que esta es la obligación que el Tribunal Constitucional ha logrado identificar en la sentencia del caso “Transparencia y acceso a la información pública en el Sistema de Defensa Nacional”. El fundamento de esta obligación es el cambio de concepción en el actuar del Estado respecto de su relación con los ciudadanos influenciado por las TIC.

Hoy en día, gracias a los avances tecnológicos, se conciben nuevas formas en las que el Estado se debe relacionar con todos. Estas nuevas formas de relación implican nuevas obligaciones en su actuar. Ello, sin duda, también tiene incidencia en los derechos fundamentales.

En lo que respecta al derecho de acceso a la información pública, consideramos que es a partir de ello que se configuran nuevos contenidos, a saber: la obligación

---

<sup>401</sup> 1. Datos generales de la entidad de la Administración Pública que incluyan principalmente las disposiciones y comunicados emitidos, su organización, organigrama, procedimientos, el marco legal al que está sujeta y el Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos, que la regula, si corresponde.

2. La información presupuestal que incluya datos sobre los presupuestos ejecutados, proyectos de inversión, partidas salariales y los beneficios de los altos funcionarios y el personal en general, así como sus remuneraciones y el porcentaje de personas con discapacidad del total de personal que labora en la entidad, con precisión de su situación laboral, cargos y nivel remunerativo.”

3. Las adquisiciones de bienes y servicios que realicen. La publicación incluirá el detalle de los montos comprometidos, los proveedores, la cantidad y calidad de bienes y servicios adquiridos.

4. Actividades oficiales que desarrollarán o desarrollaron los altos funcionarios de la respectiva entidad, entendiéndose como tales a los titulares de la misma y a los cargos del nivel subsiguiente.

5. La información adicional que la entidad considere pertinente.

de las entidades públicas de publicar información en sus portales electrónicos conforme a ley y la facultad de poder solicitar información pública a través de medios electrónicos y poder obtener una respuesta por estos mismos medios si así se estima conveniente.

De esta manera, consideramos que si una entidad omite publicar información de acuerdo a lo establecido por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, se estaría vulnerando el derecho de acceso a la información pública. Esto, no en su manifestación recogida en el artículo 2 inciso 5 de la Constitución (como algo similar al derecho de petición), sino en su calidad de posición *iusfundamental* contenida en la norma de derecho fundamental del derecho de acceso a la información pública, derivado del principio de transparencia (y, por ende, de la forma democrática y republicana de gobierno).

No optar por esta interpretación sería hacer de vista ciega a los cambios que se están gestando en el seno de la Administración pública impulsados por las TIC. En nuestro país es novísima una regulación con rango de ley de dicha transformación: la Ley de Gobierno Digital, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1412 y publicada el 13 de setiembre del 2018, ya analizada previamente.

Empero, es importante recalcar que estos cambios sobre los cuales llamamos la atención están siendo insuficientes. Esto pues existe una nueva fase de desarrollo de las Administraciones públicas impulsada también por las TIC, fase que demandaría, también, un determinado actuar del Estado respecto del derecho de acceso a la información pública. Estamos hablando del gobierno abierto, una fase que, como expondremos más adelante, es posterior al gobierno electrónico.

### 3. Transparencia proactiva – Gobierno abierto

CAMISÓN<sup>402</sup> considera que el Gobierno Abierto es una forma en la que distintos órganos del Estado pretenden que todas sus actividades sean transparentes y accesibles a los ciudadanos con un componente extra: que se fomente la participación de estos. Se entenderá que un Estado cuenta con apertura cuando este tenga un nivel aceptable de transparencia e interacción<sup>403</sup>. Así, una característica adicional del Gobierno Abierto, a diferencia del Gobierno electrónico, es que se utiliza las TIC para, además de fomentar la transparencia, se fomente la participación e interacción de los ciudadanos.

Consideramos, junto con GARCÍA MEXÍA<sup>404</sup>, que el Gobierno abierto es una faceta evolutiva del gobierno electrónico. Este implica llevar al gobierno una característica que es cosustancial a Internet: su naturaleza abierta; por ello, es preferible enmarcarlo como una evolución natural del gobierno electrónico más que como una ruptura basada en un esquema de valores supuestamente nuevo<sup>405</sup>.

Si bien el gobierno electrónico y el gobierno abierto, el cual surge de manera posterior a este, son conceptos distintos, ambos se encuentran fuertemente unidos y tienen como factor principal de conexión las TIC<sup>406</sup>. Si hablamos de gobierno abierto, hablamos de un gobierno que, a través de las TIC y teniendo como base el

---

<sup>402</sup> CAMISÓN, José Ángel. Op. Cit., p. 130.

<sup>403</sup> AMORETTI, Franceso. Op. Cit., pp. 13-14.

<sup>404</sup> GARCÍA MEXÍA, Pablo. "Internet, gobierno abierto y participación política". *El Parlamento ante la crisis: XX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, 2014, p. 151.

<sup>405</sup> Ídem., pp. 153-155.

<sup>406</sup> Cruz, Christian. "Gobierno electrónico para lograr el gobierno abierto: avances y retos en México". *XX Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y la Administración Pública*, 2015, pp. 3-8.

gobierno electrónico, busca ser más transparente, accesible, ético y, por lo tanto, más justo<sup>407</sup>.

Por otro lado, CLASTORNIK y PARDO<sup>408</sup> entienden que el gobierno abierto es “el resultado de la evolución de nuestros principios democráticos, y se basa en la implementación de mecanismos de transparencia, participación y colaboración como pilares de un desarrollo social justo y solidario”. El Gobierno Abierto implica, pues, concebir al Gobierno como uno

(...) que abre sus puertas al mundo y co-innova con todos, especialmente con los ciudadanos; comparte recursos que anteriormente estaban celosamente guardados, y aprovecha el poder de la colaboración masiva, la transparencia en todas sus operaciones, y no se comporta como un departamento o jurisdicción aislada, sino como una estructura nueva, como una organización verdaderamente integrada y que trabaja en red.<sup>409</sup>

Como podemos observar, el gobierno abierto se constituye como un paso adicional al gobierno electrónico. Este paso adicional gira en torno a usar las TIC no solo para prestar servicios o llevar a cabo la labor administrativa que le sea correspondiente; sino que implica fomentar la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones.

Ahora bien, existe consenso académico en torno a establecer cuáles son los principios rectores del gobierno abierto, a saber: 1) La transparencia informativa, 2)

---

<sup>407</sup> GARCÍA MEXÍA, Pablo. Op. Cit., p. 156.

<sup>408</sup> CLASTORNIK, José y PARDO, Virginia. “El Gobierno Abierto como parte integral de la agenda digital peruana”. HOFFMANN, Andrés, RAMÍREZ-ALUJAS, Alvaro y BOJÓRQUEZ, José (coord.) *La promesa del Gobierno Abierto*. México: Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, 2012, p. 431.

<[https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La\\_promesa\\_del\\_Gobierno\\_Abierto.pdf](https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf)>

<sup>409</sup> LATHROP, Daniel y RUMA, Lauren. *Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*, 2010, O'Reilly Media, Inc, p. xvi.

La participación; y, 3) La colaboración ciudadana<sup>410</sup>. A grandes rasgos, el primero tiene como finalidad el orientar y facilitar información en pro de la responsabilidad en el gobierno (*accountability*), en especial, gracias a la enorme potencialidad de Internet y las TIC; el segundo se orienta a fomentar la participación pública en el diseño y ejecución de políticas públicas; y, el tercero, hace referencia a permitir un mejor desarrollo de las tareas gubernamentales<sup>411</sup>. Debido a los fines del presente trabajo, nos centraremos en el primer elemento clave del gobierno abierto: la transparencia.

Lo que diferencia la transparencia en un gobierno abierto de la transparencia “tradicional” es que se articula a través de apertura de datos e información en manos del poder público gracias al empleo de Internet y las TIC (datos abiertos)<sup>412</sup>. En buena cuenta, si un Estado quiere lograr los objetivos de un gobierno abierto, tiene que implementar mecanismos de transparencia, participación y colaboración; es decir, que la información que ponga a disposición a través de distintos canales pueda ser reutilizada por los ciudadanos. Estamos, pues, ante lo que previamente expusimos como datos abiertos. Creemos que es precisamente en este aspecto en el que el gobierno abierto puede dotar de mayores contenidos al derecho de acceso a la información pública: los datos abiertos (u *open data*).

---

<sup>410</sup> CAMPOS, Eva y COROJAN, Ana. “El estado del arte del Gobierno Abierto: Promesas y Expectativas”. HOFFMANN, Andrés, RAMÍREZ-ALUJAS, Alvaro Y BOJÓRQUEZ, José (coord.) *La promesa del Gobierno Abierto*. México: Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, 2012, p. 125. <[https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La\\_promesa\\_del\\_Gobierno\\_Abierto.pdf](https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf)>

<sup>411</sup> GARCÍA MEXÍA, Pablo. Op. Cit., p. 150.

<sup>412</sup> Ídem., pp. 156- 157.

### 3.1. Los datos abiertos y sus aportes a la transparencia

Es cierto que las entidades del Estado tienen una enorme cantidad de datos de todo tipo (climatológicos, sociológicos, demográficos, judiciales, etcétera) y estos son información pública. La perspectiva de datos abiertos implica que los datos que estén en control de las Administraciones públicas consten preferiblemente en formato digital y estén libres de derechos de autor con la finalidad de que puedan ser reutilizados con cualquier fin lícito, incluso comercial<sup>413</sup>.

Los Estados, al momento de optar por políticas de datos abiertos, de acuerdo a la doctrina, tienen que lograr que estos datos se rijan por los siguientes principios<sup>414</sup>:

1. La información tiene que ser completa.
2. Los datos deben provenir directamente de la fuente, sin transformación alguna.
3. La publicación debe realizarse a tiempo para preservar el valor de la información.
4. La información tiene que estar disponible para el mayor número de usuarios posibles.
5. Los datos deben presentar una estructura mínima, que permita su tratamiento automatizado.
6. La publicación tiene que estar ausente de toda discriminación y disponible para cualquiera.
7. Los formatos de publicación deben ser no propietarios.
8. La información debe estar libre de restricciones de derechos de autor o patentes (o ser reutilizable mediante licencias de tipo “atribución”).

---

<sup>413</sup> Ídem., p. 161.

<sup>414</sup> DE LA FUENTE, Carlos y ÁLVAREZ, Martín. “Open linked data: la nueva frontera”. HOFFMANN, Andrés, RAMÍREZ-ALUJAS, Alvaro Y BOJÓRQUEZ, José (coord.) *La promesa del Gobierno Abierto*. México: Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, 2012, p. 288.

El siguiente cuadro recogido por BARROS<sup>415</sup>, citando a BERNERS-LEE, es ilustrativo en lo referido a lograr determinar cuándo es que la información publicada por un Estado cumple o no con los estándares de datos abiertos y en qué medida:

Nivel	Descripción	Ejemplo
★	Un buen inicio, los datos son accesibles por la web. Son legibles por el ojo humano, pero la información no es procesable, debido a que se trata de documentos con estándares cerrados y, por lo tanto, no son reutilizables.	Archivo de datos de imagen producto de digitalización de documentos papel (pdf, jpg, etcétera).
★★	Los datos son accesibles por la web, en formatos legibles por un computador. En general se utilizan algunos productos propietarios para su publicación, por ejemplo, MS Office	Archivo MS-Excel, Apple-Numbers.
★★★	Equivalente al nivel anterior, pero en el que no es necesario el uso de productos propietarios. Los datos pueden ser manipulados sin necesidad de un producto software específico.	Archivo TXT o CSV.
★★★★	La data está en la web, vía URI únicas. Permite un control granular de los datos, se puede marcar ( <i>bookmark</i> ) y vincular ( <i>link</i> ).	Archivo RDF.
★★★★★	Los datos no solo están en la web, sino que además están vinculados con otra data y hacen uso del concepto de red. La data interconectada incrementa su valor y puede ser vinculada por otros sitios en forma transparente.	Archivo RDF y propiedades semánticas.

<sup>415</sup> BARROS, Alejandro. "Qué son los datos abiertos y para qué sirven". HOFFMANN, Andrés, RAMÍREZ-ALUJAS, Alvaro Y BOJÓRQUEZ, José (coord.) *La promesa del Gobierno Abierto*. México: Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, 2012, p. 276. <[https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La\\_promesa\\_del\\_Gobierno\\_Abierto.pdf](https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf)>

Como podemos apreciar, para que se cumpla con los estándares de datos abiertos, los Estados tienen que realizar unos esfuerzos adicionales al momento de hacer pública información que sean datos. Se tiene que procurar, por ejemplo, que no estén en formatos propietarios (*Word*) o hacer que estos datos se vinculen con otra data interconectada. Es debido a estas exigencias que se van configurando hacia la Administración que consideramos que estamos frente a una exigencia de transparencia que va más allá de la transparencia activa: la transparencia proactiva. En efecto, ya no solo se requiere que la Administración responda a solicitudes de acceso a la información pública (transparencia pasiva) o que publique información en sus medios electrónicos conforme a ley (transparencia activa), sino que la información que ha de entregar o publicar a los ciudadanos, si esta contiene datos, ha de regirse conforme a los parámetros de datos abiertos (transparencia proactiva). Es cuando los Estado abrazan políticas de datos abiertos cuando se rompe en gran parte con la lógica tradicional del derecho de acceso a la información pública: el formato de la información que se hace pública debe permitir la reutilización de esta por parte de terceros<sup>416</sup>. Por ello es que se busca que la Administración, de manera proactiva, busque publicar información reutilizable; es decir, se le exige un actuar extra a uno meramente activo: el hacer que la información publicada se sujete a los parámetros de datos abiertos.

---

<sup>416</sup> FUMEGA, Silvana y SCROLLONI, Fabrizio. "El acceso a la información y los gobiernos abiertos en América Latina". HOFFMANN, Andrés, RAMÍREZ-ALUJAS, Alvaro Y BOJÓRQUEZ, José (coord.) *La promesa del Gobierno Abierto*. México: Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal, 2012, p. 228. <[https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La\\_promesa\\_del\\_Gobierno\\_Abierto.pdf](https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf)>

En efecto, brindar información conforme a los parámetros de datos abiertos implica un actuar extra de la Administración en lo que a brindar información se refiere. Este actuar extra implica que se brinden datos públicos con la finalidad que puedan ser reutilizados, ya sea para fines particulares como para brindar retroalimentación a la Administración pública y colaborar en la elaboración de decisiones públicas. En definitiva, permite el cumplimiento de un verdadero gobierno abierto.

Así, coincidimos con FUMEGA y SCROLINI<sup>417</sup> cuando afirman que “[e]l acceso a los datos abiertos debería encontrarse incluido en toda ley que regule el derecho de acceder a la información, ya que los datos constituyen el componente necesario (y básico) para construir dicha información”. Aún más, creemos, junto con GARCÍA MEXÍA<sup>418</sup>, que, debido a su conexión con la transparencia, la participación y la colaboración, el gobierno abierto debería aspirar a ser parte del paisaje constitucional de cualquier Estado.

Los datos abiertos, enmarcados en una política de transformación de gobierno abierto, implican que los Estados suministren información (datos) como materia prima susceptible de múltiples usos ulteriores<sup>419</sup>. Estos nuevos estándares que recaen sobre la información de acceso público tienen su razón de ser en la toma de conciencia del valor que tiene la información pública, ya que esta tiene un valor económico en sí misma que hasta hace poco era “desdeñado por los propios poderes públicos que la producían pero que ahora, en plena sociedad de la información, ha cobrado una importancia incalculable como materia prima

---

<sup>417</sup> Ídem., p. 228

<sup>418</sup> GARCÍA MEXÍA, Pablo. Op. Cit., p. 156.

<sup>419</sup> Ídem., p. 158.

susceptible de explotación con la que puedan crearse productos y servicios de información de valor añadido de indiscutible utilidad en los ámbitos más diversos”<sup>420</sup>.

De las normas expuestas previamente en este trabajo, podemos concluir que ya está en marcha un proceso de integración de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública con las políticas de datos abiertos en Perú. La referencia en, la normativa de gobierno abierto y datos abiertos, a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y a cómo las disposiciones se deben interpretar conforme a los parámetros de transparencia son muestra de ello. Cabe, entonces, analizar a la transparencia, desde un punto de vista constitucional, no solo desde el desarrollo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, sino a la luz de otras normas que también buscan incrementar los niveles de transparencia estatal (como la ya analizada Ley de Gobierno Digital y los modelos y estrategias de Datos Abiertos).

En buena cuenta, los principios del Gobierno Abierto traen consigo nuevas percepciones en torno a cómo debe funcionar la Administración de cara al ciudadano: además de usar las TIC (algo que ya hacía con el gobierno electrónico), debe procurar que la información que se pone a disposición de los ciudadanos fomente la participación y la elaboración de nuevos contenidos a partir de esta. Es decir, se debe fomentar la transparencia no solo con la mera finalidad de hacer pública cierta información y que esta sea accesible, sino que la transparencia resulta

---

<sup>420</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. Cit., p. 183.

beneficiosa en tanto permita la participación colaborativa del ciudadano. Para lograr ello, los datos abiertos resultan medulares: toda información pública que sean datos serán plausibles de ser reutilizables y generar nuevo valor solo en la medida que se cumplan con dichos estándares. La transparencia, pues, ya no es solo activa, sino proactiva: transparentar para lograr reutilización y co-innovación.

Si lo que buscamos es la modernización de la gestión pública, también tenemos que modernizar nuestros conceptos en el Derecho Constitucional y, más aún, aquellos que están relacionados con el actuar de la Administración pública de cara a la persona; es decir, modernizar los conceptos que tenemos respecto del derecho de acceso a la información pública. Sostenemos que estos nuevos contenidos que se van añadiendo al principio de transparencia, en general, y al derecho de acceso a la información pública, en particular, son de carácter constitucional porque parten de interpretar el derecho de acceso a la información pública de una forma evolutiva; es decir, conforme a los cambios tecnológicos que se producen en la sociedad y el Estado. Este punto se desarrollará con mayor detalle en el siguiente apartado.

### **III. Nuevos contenidos del derecho de acceso a la información pública: de la Administración pasiva a la Administración (pro)activa. Una propuesta**

Llegados a este punto, sostenemos que corresponde realizar una interpretación evolutiva del derecho de acceso a la información pública en base a cómo la tecnología varía la concepción y el actuar del Estado. En efecto, no se debe caer en la tentación de suponer que se ha logrado la realización plena de todas las potencialidades de la democracia constitucional; muy por el contrario, es necesario

admitir que la cambiante realidad exige actualización coherente de sus principios y adecuación a los desafíos del progreso científico y técnico<sup>421</sup>.

Coincidimos con DÍAZ REVORIO cuando señala que el tránsito tecnológico afecta más a las instituciones y estructuras políticas que a la axiología<sup>422</sup>. Los principios de separación de poderes y respeto de los derechos humanos se mantienen presentes (dentro de lo que llamamos constitucionalismo digital). En este sentido, al realizar interpretaciones sobre cómo los cambios tecnológicos afectan a los conceptos de Derecho Constitucional, más que variar los principios que sostienen nuestro orden democrático-constitucional, lo que cambia es cómo debemos entender el Estado y sus estructuras en miras a brindar mayores y mejores ámbitos de protección a los derechos fundamentales.

En este sentido, en lo que respecta al principio constitucional de transparencia, el posibilitar mayor transparencia, gracias a la mayor difusión de redes digitales, debe ser alentado y sostenido, no temido<sup>423</sup>. En buena cuenta, como señala CAMISÓN<sup>424</sup>, las TIC permiten que se ponga a disposición de la ciudadanía un gran volumen de información (debido a los reducidos costos de almacenamiento de altos volúmenes de información) y causes electrónicos que posibilitan una mayor interacción del pueblo con los órganos del Estado y representantes políticos.

El acceso a la información pública se expande y fortalece si los ciudadanos cuentan con la opción tecnológica<sup>425</sup>. En efecto, creemos que se tiene que dar un paso más

---

<sup>421</sup> PÉREZ, Antonio. Op. Cit., pp. 4-5.

<sup>422</sup> DÍAZ, Francisco. *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances...* Op. Cit. p. 31.

<sup>423</sup> AMORETTI, Franceso. Op. Cit., p. 5.

<sup>424</sup> CAMISÓN, José Ángel. Op. Cit., p. 131.

<sup>425</sup> BECERRA, Ricardo. Op. Cit., p. 81.

allá del reconocimiento del derecho de acceso a la información pública en su manifestación de derecho de petición: se tienen que crear obligaciones – constitucionales- de generar determinadas informaciones que son de interés público sin que sea solicitada<sup>426</sup>. Es esta transición, propiciada por las tecnologías, que deben también estar impregnadas en el derecho de acceso a la información pública: construir sus contenidos a partir de la transición de una transparencia pasiva hacia una transparencia activa y, finalmente, una transparencia proactiva.

Como explicamos, la transparencia pasiva es la recogida en nuestra Constitución: el derecho de acceso a la información pública se confunde como una manifestación del derecho de petición y solo se ve afectado cuando una solicitud de acceso a la información pública no es respondida de acuerdo a los parámetros constitucionales y legales sobre la materia. Esta faceta de la transparencia pasiva tiene que ver en cómo se entendía al actuar de la Administración Pública con el ciudadano: una tradicional, reactiva, que únicamente respondía cuando era solicitada por el ciudadano.

Como pudimos observar, el avance tecnológico de fines del siglo XX trajo consigo cambios en la forma de cómo se debe entender a la Administración pública: el gobierno electrónico. Esto implicaba que la Administración pública no solamente sea reactiva, sino que utilice los medios tecnológicos para poner a disposición de la ciudadanía servicios públicos y facilitar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales. Así, se exige una transparencia activa por parte del Estado: utilizar

---

<sup>426</sup> ARROYO, Alfonso. Op. Cit., p. 162.

la tecnología para poner, de oficio, cierta información pública a disposición de todos los ciudadanos.

De esta manera, se configura lo que se podría entender como el “acceso material” a la información pública: esta es la posibilidad de obtener o acceder a información sin necesidad de realizar una petición formal, especialmente a través de Internet<sup>427</sup>. El acceso formal encajaría, pues, dentro de lo que sería la transparencia pasiva: observando un Estado que brinda información únicamente cuando le es solicitada. En este sentido, son los portales de transparencia de las entidades los llamados a hacer pública información sin que sea requerida previamente, es decir, el permitir el acceso material a la información pública.

Los portales de transparencia, entonces, se configuran en instrumentos y herramientas básicas fundamentales para la realización del derecho de acceso a la información pública<sup>428</sup>. Así, las TIC son un impulso esencial y, diríamos, desencadenante, de la transparencia (activa) y del gobierno electrónico<sup>429</sup>.

En su momento, la transparencia activa fue considerada una gran tendencia revolucionaria en materia de transparencia y acceso a la información pública<sup>430</sup>. Como indicamos, la transparencia activa (representada a través del gobierno electrónico), se está viendo superada por los planteamientos del gobierno abierto. Esta nueva forma de entender el actuar de la Administración Pública coadyuva a

---

<sup>427</sup> Ídem., p. 158.

<sup>428</sup> CAMISÓN, José Ángel. Op. Cit., p. 147.

<sup>429</sup> ARROYO, Alfonso. Loc. Cit.

<sup>430</sup> BARRERA, Concepción; GUICHOT, Emilio y HORGUÉ, Concepción. “Publicidad activa”. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014, p. 143.

generar nueva información y servicios de valor añadido a través de cruzar datos y, así, producir mejor información disponible tanto para las autoridades públicas como para empresas u organizaciones no gubernamentales<sup>431</sup>. No es suficiente poner a disposición cierta información: esta información tiene que cumplir con los estándares de datos abiertos, en miras a promover participación y co-creación ciudadana.

El Gobierno Abierto se convierte, así, en el siguiente paso de evolución de la Administración Pública y brinda contenidos adicionales al derecho de acceso a la información pública. Además de poner a disposición cierta información a través de la TIC, se tiene que observar que esta cumpla con los principios y estándares de datos abiertos que expusimos previamente.

Es en base a esta transición de Administración pública tradicional – Gobierno electrónico – Gobierno Abierto, reflejada en transparencia pasiva – transparencia activa – transparencia proactiva que, entendemos, se generan nuevos contenidos al derecho de acceso a la información pública. En este caso, es el principio constitucional de transparencia el principio a través del cual se puede desmembrar una serie de obligaciones que contienen no uno, sino varios derechos mucho más específicos<sup>432</sup>.

Ahora bien, justo es reconocer que esta perspectiva del derecho de acceso a la información pública de no verla reducida únicamente al derecho de petición no es

---

<sup>431</sup> Ídem., p. 147.

<sup>432</sup> LUQUE, Martín. Op. Cit., p. 647.

nueva<sup>433</sup>. No obstante, no se ha entrado en detalle en torno a cuáles serían estos contenidos adicionales del derecho de acceso a la información pública. Además del clásico contenido del derecho de acceso a la información pública (entendido como derecho de petición), los contenidos adicionales que proponemos son los siguientes:

1. Las solicitudes de acceso a la información puedan ser remitidas, procesadas y atendidas a través de cualquier medio electrónico.
2. Obligación constitucional de las entidades de publicar información en sus portales de transparencia, conforme a ley.
3. No impedir arbitrariamente el acceso a información publicada en plataformas digitales.
4. Los datos públicos sean publicados conforme con las políticas de datos abiertos

**1. Las solicitudes de acceso a la información pública puedan ser remitidas, procesadas y atendidas a través de cualquier medio electrónico**

Como tuvimos oportunidad de sostener previamente, el interés iusfundamental que se pretende tutelar a través del derecho de acceso a la información pública es que la persona pueda conocer (acceder) a la información que obra en poder del Estado (información pública). Así, podemos observar que el medio a través del cual se pueda acceder a dicha información resulta siendo secundario: lo importante es que el Estado garantice que la información pública sea entregada.

---

<sup>433</sup> Véase, por ejemplo, LUQUE, Martín. Loc. Cit.

En la faceta de la transparencia pasiva, así, el presentar una solicitud de acceso a la información pública debería ser respondida para garantizar dicho derecho. En esta primera etapa, las solicitudes pueden ser respondidas a través de mecanismos “tradicionales” (presentando un documento físico en mesa de partes). No obstante, consideramos que también las solicitudes que se presentasen a través de medios electrónicos también deberían ser respondidas y su incumplimiento sería una afectación al derecho de acceso a la información pública.

Esta manifestación deriva de la inclusión de nuestra sociedad y Estado en el marco del gobierno electrónico. Esto habilita a que las solicitudes de acceso se puedan realizar y deban ser tramitadas y respondidas a través de medios electrónicos. Estos pueden ser, por ejemplo, a través del uso de las páginas web de las entidades, a través de correo electrónico o, incluso, redes sociales.

Este contenido surge a partir de la idea de entender el deber que tiene el Estado de utilizar las TIC y, en especial, Internet para facilitar el ejercicio de derechos. En este caso, hacemos referencia al derecho de acceso a la información pública. En palabras de CAMISÓN<sup>434</sup>, cuando analiza la Ley 19/2013 del Reino de España, se configura una nueva dimensión del derecho de acceso a la información pública pues esta se deberá ejercer preferentemente, de acuerdo a dicha norma, a través de medios electrónicos.

Es importante acotar que esta manifestación del derecho de acceso a la información pública es progresiva y de cumplimiento gradual. En efecto, en un país como Perú

---

<sup>434</sup> CAMISÓN, José Ángel. Op. Cit., p. 131.

no es lo mismo requerir los mismos estándares de cumplimiento a un Ministerio que a un Gobierno Local sin conexión a Internet. Un parámetro para poder determinar el nivel cumplimiento de esta manifestación es el establecido en el artículo 6<sup>435</sup> del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, referido al plazo de implementación de los portales de transparencia.

Finalmente, es necesario resaltar una muy reciente opinión consultiva que emitió la Autoridad de Transparencia y Acceso a la Información Pública de manera posterior a que el presente trabajo fue concluido. En la Opinión Consultiva N° 20-2020-JUS/DGTAIP, de 28 de marzo de 2020, dicho órgano se pronunció en torno al cumplimiento del derecho de acceso a la información pública durante la declaratoria del Estado de Emergencia nacional a causa del Covid-19.

En primer lugar, es de resaltar que afirmó que el derecho de acceso a la información pública aún se puede ejercer en la situación de Estado de Emergencia no obstante que esta declaratoria genera una barrera fáctica al ejercicio regular del derecho de

---

<sup>435</sup> **Artículo 6.- De los plazos de la Implementación**

Las entidades públicas deberán contar con portales en Internet en los plazos que a continuación se indican:

- a) Entidades del Gobierno Central, organismos autónomos y descentralizados, a partir del 1 de julio de 2003.
- b) Gobiernos Regionales, hasta un año después de su instalación. c) Entidades de los Gobiernos Locales Provinciales y organismos desconcentrados a nivel provincial, hasta un año desde el inicio del nuevo período municipal, salvo que las posibilidades tecnológicas y/o presupuestales hicieran imposible su instalación.
- d) Entidades de los Gobiernos Locales Distritales, hasta dos años contados desde el inicio del nuevo período municipal, salvo que las posibilidades tecnológicas y/o presupuestales hicieran imposible su instalación.
- e) Entidades privadas que presten servicios públicos o ejerzan funciones administrativas, hasta el 1 de julio de 2003. Las autoridades encargadas de formular los presupuestos tomarán en cuenta estos plazos en la asignación de los recursos correspondientes.

acceso a la información pública (al restringir la circulación en vías de uso público)<sup>436</sup>.

Así, sostuvo que

(...) en la medida que la entidad hubiera implementado el trabajo remoto, **cuenta con canales virtuales para la recepción de las solicitudes de acceso a la información pública** y sobre todo cuenta con la información requerida -ya sea digitalizada o publicada en otros espacios virtuales- podrá atender los pedidos de información que se formulen por este medio, con especial atención a las que se refieren a información sobre la emergencia. Además, deberá tenerse presente **que la forma de entrega requerida por el solicitante sea por correo electrónico.**<sup>437</sup> (resaltado nuestro)

Así, podemos apreciar que la Autoridad entiende que, debido a la situación de emergencia que imposibilita el desplazamiento físico, el Gobierno Electrónico se presenta como una posible solución al mismo. En este sentido, será una afectación al derecho de acceso a la información pública si la entidad no entrega la información que se requiere no obstante haber implementado el trabajo remoto, contar con canales virtuales para la recepción de solicitudes de acceso a la información pública y se haya optado por el formato de entrega por correo electrónico.

De otro lado, y de acuerdo a la clasificación hecha en el Capítulo I en torno a cómo se relacionan las TIC y los derechos fundamentales, sostenemos que estamos ante una nueva forma de ejercer un derecho fundamental existente. En efecto, en la manifestación del derecho de acceso a la información pública, como petición, que las solicitudes puedan ser tramitadas y respondidas por medios electrónicos no implica un contenido adicional. Por el contrario, estamos ante una nueva forma de ejercer un contenido del derecho de acceso a la información pública previo.

---

<sup>436</sup> Ff.jj. 18-20.

<sup>437</sup> F.j. 21.

## **2. Obligación de las entidades de publicar información en sus portales de transparencia, conforme a ley.**

En la medida que sostenemos que la posición iusfundamental que se pretende tutelar a través del derecho de acceso a la información pública es el permitir el acceso a información del o en poder del Estado, el brindarla únicamente cuando esta es requerida sería un contenido de este derecho. En efecto, creemos que existen contenidos adicionales; y uno de ellos sería el poner a disposición de la ciudadanía información pública de oficio, sin que esta sea requerida.

Este contenido se desprende del principio de transparencia en su manifestación activa. Se refiere a una obligación del Estado de poner a disposición de todos cierta información accesible en todo momento a través de sus canales electrónicos (portales de transparencia, en este caso). Esta obligación constitucional solo cobra sentido y viabilidad gracias a la irrupción de las TIC en la sociedad y en el actuar del Estado.

En palabras de LUQUE<sup>438</sup>, el derecho de acceso a la información pública también incluiría la obligación general de que los poseedores directos y los que tengan bajo su cargo información pública deberían hacer todo aquello que permita el acceso a la misma, no solo a solicitud, sino haciéndola pública sin solicitud previa.

El tipo de información a publicar se regula conforme a ley y esta deberá ser cierta, completa, clara y actual<sup>439</sup>; además de accesible, relevante, de calidad y

---

<sup>438</sup> LUQUE, Martín. Op. Cit., p. 647.

<sup>439</sup> STC. Exp. 7440-2005-PHD/TC.

confiable<sup>440</sup>, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el particular. Además, esta obligación constitucional de hacer pública información en los portales de transparencia debería, también, seguirse por, entre otros, los siguientes principios<sup>441</sup>:

A) Accesibilidad: La información a proporcionar debe estar estructurada en miras a facilitar la identificación y búsqueda de la información.

B) Interoperabilidad: La información se debe publicar conforme a esquemas nacionales de interoperabilidad y de acuerdo a normas técnicas.

Además, y con cargo a profundizar en este contenido posteriormente, en caso que la información a publicar de oficio sean datos gubernamentales, se deberá cumplir con los estándares de las políticas de datos abiertos: debe provenir de la misma fuente, sin transformación alguna; realizarse a tiempo para que conserve su valor; disponible para el mayor número de usuarios; en estructura mínima que permita su tratamiento automatizado; formatos no propietarios y libre de restricciones de derechos de autor y patentes. En pocas palabras, tiene que permitir su reutilización.

En lo referido a cómo se relaciona el derecho de acceso a la información pública con las TIC en torno a lo aquí descrito, sostenemos que estamos ante un contenido adicional del derecho de acceso a la información pública. Las TIC hacen posible que este contenido pueda ser reconocido: solo gracias a Internet es que a las entidades se les puede imponer la obligación de subir información pública conforme

---

<sup>440</sup> STC. Exp. 566-2010-PHD/TC.

<sup>441</sup> Tal como se recoge en el artículo 11 de la Ley 19/2013 del Reino de España.

a ley. Estamos, pues, ante una obligación constitucional en torno al derecho de acceso a la información pública cuyo cumplimiento le es exigible al Estado.

### **3. No impedir arbitrariamente el acceso a información publicada en plataformas digitales**

Este contenido se refiere a cuando, en ausencia de imperativo legal que obligue a las Administraciones públicas a hacer pública cierta información, estas deciden utilizar varios y distintos canales digitales para transmitirla. Este es el supuesto en el que discrecionalmente la Administración pública elige un determinado medio para transmitir cierta información elegida de manera discrecional. No estamos ante el supuesto de publicar información en los portales de transparencia porque ello sí cuenta con imperativo legal.

Un ejemplo de este supuesto se da cuando las entidades optan por tener cuentas institucionales en redes sociales como Facebook, Twitter o Instagram. En dichas plataformas digitales, la Administración pública decide qué información publicar, cómo y cuándo hacerlo. Ahora bien, sostenemos que el uso discrecional de estas distintas plataformas también implica ciertas obligaciones a la Administración pública, a saber: además de los requisitos generales que se ha de aplicar a todo tipo de información pública, a las entidades públicas les está prohibido el impedir, arbitrariamente, el acceso a la información que publican a través de estas plataformas (redes sociales). En definitiva, está impedida de bloquear de manera

inmotivada a cualquier usuario que interaccione con esta a través de sus redes sociales<sup>442</sup>.

El advenimiento de Internet y las redes sociales han propiciado que distintas entidades del Estado, en miras a acercarse más al ciudadano, creen canales y cuentas en distintas plataformas y/o redes sociales. Así, cumpliendo mandatos de gobierno electrónico, no usan únicamente los portales de transparencia o las páginas web de las entidades, sino que propician la relación ciudadano-Estado a través de redes sociales. No obstante, al momento de crear una cuenta y de comenzar a publicar información o generar contenido, lo cual sería información pública de acuerdo a los artículos 3 y 10 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la entidad no puede impedir, arbitrariamente, el acceso a dicho contenido a otros usuarios. En buena medida, las entidades no pueden bloquear arbitrariamente a usuarios de sus redes sociales.

Ahora bien, es cierto que en redes sociales existen comportamientos no deseados que pueden impedir el normal desarrollo o utilización de la cuenta. Ante un comportamiento inadecuado en sus redes sociales, las entidades deben optar por decisiones menos gravosas de este derecho como puede ser, por ejemplo, el

---

<sup>442</sup> Al respecto ya tuvimos oportunidad de manifestarnos “Si bien no existe una obligación legal para que las entidades del Estado publiquen información a través de sus cuentas en redes sociales, podemos argumentar que, al menos, complementa esta información. La transparencia, en su faceta de accesibilidad, implica que las entidades pongan a disposición de los ciudadanos, de manera simple, información pública.

Somos de la posición que, la transparencia activa no solo implica el uso del portal institucional, sino que logra su complementariedad a través del uso de distintos recursos en Internet (entre ellos, las redes sociales). Así, la transparencia activa se manifiesta en el uso de distintas herramientas en línea para poder transmitir a la población información pública relevante”. VILLENA, Dilmar. “¡La municipalidad me bloqueó en Twitter! Sobre el derecho de acceso a la información pública y las redes sociales”. En *Parthenon.pe*

<[http://www.parthenon.pe/sin-categoria/la-municipalidad-me-bloqueo-en-twitter-sobre-el-derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica-y-las-redes-sociales/#\\_ftn4](http://www.parthenon.pe/sin-categoria/la-municipalidad-me-bloqueo-en-twitter-sobre-el-derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica-y-las-redes-sociales/#_ftn4)>

silenciar o el impedir la interacción (comentar, repostear, etcétera) con sus publicaciones, mas no bloquear porque esto último implica la imposibilidad de conocer qué información se publica. El recurso al bloqueo debe ser, de acuerdo a ello, de *ultima ratio*.

Es de resaltar, nuevamente, la Opinión Consultiva N° 20-2020-JUS/DGTAIP previamente citada. En esta se resalta la importancia de la transparencia activa en el contexto de la crisis por el Covid-19 ya que es un medio de proporcionar información al ciudadano a través de una herramienta de naturaleza virtual<sup>443</sup>. Asimismo, incluye, dentro de lo que se puede considerar como transparencia activa, el difundir información, de oficio, a través de redes sociales<sup>444</sup>. En este sentido, podíamos sostener que implica una infracción a la transparencia activa el impedir, arbitrariamente, el acceso a la información publicada en redes sociales.

En este caso estamos ante un nuevo contenido del derecho de acceso a la información pública. En la medida que el interés *iusfundamental* a proteger sigue siendo el que una persona pueda acceder a información del Estado o en poder de este, que se utilicen redes sociales es un mecanismo discrecional para hacer pública dicha información y ponerla en disposición del ciudadano. No obstante, una vez que se opta por ello, el Estado no puede, arbitrariamente, impedir el acceso a esta información.

---

<sup>443</sup> F.j. 33.

<sup>444</sup> F.j. 28.

#### **4. Brindar información conforme con los parámetros de datos abiertos**

Como señalamos previamente, la transparencia activa ha sufrido un cambio evolutivo orientado hacia la transparencia proactiva. El gobierno electrónico da un paso más y se convierte en gobierno abierto: la información que se ha de hacer pública tiene que lograr que esta permita su reutilización. Así, si la información solicitada o la publicada de oficio son datos gubernamentales estaremos ante exigencias adicionales al derecho de acceso a la información pública. Cuando ello sea así, se debe aplicar las políticas de datos abiertos.

Estos estándares son, como ya expusimos previamente, que los datos tengan que:

1. Estar completos
2. Provenir directo de la fuente, sin transformación
3. Estar publicados de manera oportuna para preservar el valor de esta información
4. Estar disponibles para el mayor número de usuarios; es decir, que sean accesibles
5. Presentar una estructura mínima que permita su tratamiento automatizado; es decir, que sean utilizables
6. Estar en formatos no propietarios
7. Ser comparables e interoperables
8. Estar Libre de restricciones de derechos de autor o patentes; es decir, que permitan la innovación.

Este es un contenido adicional que se genera al derecho de acceso a la información pública gracias a las TIC. Las exigencias del gobierno abierto y la transparencia proactiva dotan de contenidos adicionales al derecho de acceso a la información pública cuando estamos frente a datos gubernamentales. De igual forma, el interés iusfundamental que se pretende tutelar es el de permitir que las personas conozcan información en manos del Estado; con la diferencia que en este supuesto estamos ante datos gubernamentales que puedan permitir la reutilización de estos.

Es más, nos atrevemos afirmar que estos principios también podrían ser aplicables, en la medida de lo pertinente, a información pública que no sean datos gubernamentales. Es decir, si el Estado hará pública o entregará cierta información, cuando sea pertinente, esta información debe ceñirse a los estándares antes mencionados. Por ejemplo, si el Poder Judicial ha de publicar sus sentencias a través de Internet, estas sentencias deben de permitir su fácil reutilización para, por ejemplo, elaborar bases de datos o construir algoritmos que permitan su estudio sistematizado en miras a generar valor en un futuro (como *software* de inteligencia artificial, etcétera).

Sobre el particular, también es importante resaltar una muy reciente opinión consultiva emitida por la Autoridad de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Opinión Consultiva N° 27-2020-JUS/DGTAIPD, de 30 de abril de 2020). En esta, la Autoridad expresó que el hecho de solicitar información en un determinado formato (por ejemplo, Excel) no configura un supuesto de creación o producción de

información<sup>445</sup>, por lo que la entidad debería entregarla en el formato digital que se requiera.

Además, se pronuncia en torno a los datos abiertos y el gobierno abierto. El Estado no solo debe poner a disposición de las personas datos para su conocimiento, sino también para su reutilización para los fines que estas estimen pertinentes<sup>446</sup>. Ello que implica que “la información entregada al ciudadano sea entregada en formatos que permitan la reutilización de los datos” y que esta reutilización “no debe generar para la entidad el riesgo de que se vea alterada dicha información, ya que no tendrá, en ningún caso, el valor de un documento oficial del Estado”<sup>447</sup>.

Por lo tanto, a consideración de la entidad técnica especializada en materia de transparencia y acceso a la información pública, el entregar información conforme a los parámetros de datos abiertos es parte del derecho de acceso a la información pública, siempre que lo solicite el ciudadano. No obstante, afirmamos que incluso, cuando las entidades hacen pública cierta información de oficio, estas deben procurar que sus formatos permitan su reutilización (estén de acuerdo a los parámetros de datos abiertos).

## **5. Síntesis de la propuesta**

Como pudimos observar, es innegable la influencia de las TIC en el Estado y en la sociedad. La reformulación del derecho de acceso a la información pública va de la mano con estos cambios. El re-entender este derecho implica maximizar el principio

---

<sup>445</sup> F.j. 7.

<sup>446</sup> F.j. 11.

<sup>447</sup> F.j. 12.

constitucional de transparencia, realizando una interpretación evolutiva de este según los cambios que se dan en el Derecho Constitucional producto de los avances tecnológicos.

Después de lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, postulamos que los contenidos del derecho de acceso a la información pública que identificamos producto de cómo evoluciona la Administración pública en su relación con el ciudadano deben ser:

Derecho de acceso a la información pública						
Definición	Fundamentación	Contenidos fundamentales	Tipo de transparencia	Modelo de Administración pública	Reconocimiento positivo <sup>448</sup>	Dimensión de cambio del derecho a la luz de las TIC
Posición jurídica fundamental de poder conocer la información que se encuentre en posesión o bajo control de la Administración pública	Principio de transparencia como principio implícito al Estado democrático y forma republicana de gobierno. Concretización del principio de dignidad humana. (art. 3 de la Constitución)	1. Solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido.	Transparencia pasiva	Administración pública tradicional	Art. 2 inciso 5 de la Constitución	-
		2. A que las solicitudes de acceso a la información puedan ser remitidas, procesadas y atendidas a través de cualquier medio electrónico.	Transparencia activa	Gobierno electrónico	Art. 3.4 Ley de Gobierno Digital	Una nueva forma de ejercer el derecho fundamental a través de medios digitales
		3. Obligación de las	Transparencia activa	Gobierno electrónico	Art. 5 Ley de Transparencia y	Contenido adicional del

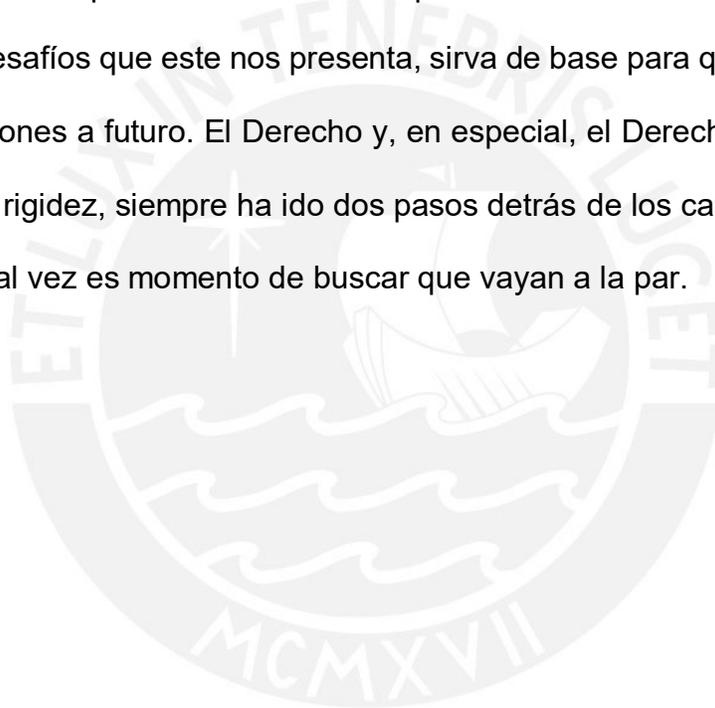
<sup>448</sup> Aunque el reconocimiento positivo de ciertos contenidos del derecho de acceso a la información pública conste en normas infraconstitucionales, la posición que asumimos es que estos contenidos son de carácter constitucional por lo que una afectación a estos serían tutelables a través de los mecanismos constitucionales correspondientes.

		entidades de publicar información en sus portales de transparencia, conforme a ley			Acceso a la Información Pública	derecho fundamental producto de las TIC
		4. No impedir arbitrariamente el acceso a información publicada en plataformas digitales	Transparencia activa	Gobierno electrónico	-	Contenido adicional derecho fundamental producto de las TIC
		5. Los datos públicos sean conforme a las políticas de datos abiertos	Transparencia proactiva	Gobierno abierto	Decreto Supremo N° 016-2017-PCM	Contenido adicional del derecho fundamental producto de las TIC

Nuestro sistema constitucional considera el derecho de acceso a la información pública como una simple manifestación del derecho de petición, donde su contenido constitucional se agota en la solicitud de acceso a la información pública. A lo largo del presente trabajo tuvimos posibilidad de exponer cómo es que las TIC y, en especial, Internet, han transformado el Derecho y, con ello el Derecho Constitucional. El constitucionalismo digital se erige como una herramienta que permite encuadrar el ejercicio del poder político en medios digitales y el ejercicio de derechos fundamentales también. Así, el derecho de acceso a la información pública se ha visto transformado en la medida que las TIC cambian la concepción de la Administración pública y le dota de nuevos contenidos. Realizar una interpretación evolutiva del derecho de acceso a la información pública resulta menester en miras a dotar y actualizar los contenidos de este derecho y, con ello, potenciar el principio constitucional de transparencia. Por lo tanto, el transitar de una

transparencia pasiva, hacia una transparencia activa y, finalmente, una transparencia proactiva, resulta necesario si deseamos adecuar las normas y principios constitucionales a la cambiante realidad.

Concluimos el presente trabajo de investigación dejando en manifiesto la imperiosa necesidad de seguir profundizando en torno a los retos que las Tecnologías de la Información y Comunicación presentan al Derecho Constitucional. Así, tenemos la esperanza que este primer acercamiento que realizamos al Constitucionalismo digital y a los desafíos que este nos presenta, sirva de base para que se produzcan más investigaciones a futuro. El Derecho y, en especial, el Derecho Constitucional por su especial rigidez, siempre ha ido dos pasos detrás de los cambios y avances tecnológicos. Tal vez es momento de buscar que vayan a la par.



### **Consideraciones finales**

- Internet ha tenido un desarrollo que involucra a distintos actores: academia, Estado, empresa privada, sociedad civil. Esta múltiple participación de sectores fue recogida en los Foros de Gobernanza de Internet (espacio de Naciones Unidas que busca tomar decisiones en torno al presente y futuro de Internet).
- En la medida que Internet se concibió y fue evolucionando tomando en cuenta un modelo de participación descentralizado y no jerárquico, cualquiera ámbito de acercamiento legal (o constitucional) que se tenga sobre Internet no puede dejar de lado la participación de los múltiples sectores interesados.
- Internet, en tanto requiere una manifestación física para su existencia (infraestructura de comunicaciones), no está exento del poder regulador del Estado. Hoy en día la problemática gira en torno a cómo y cuánto debe intervenir el Estado en Internet y desde el Derecho Constitucional podemos observar cómo es que ante una aparente problemática de desborde e inoperancia de este frente a las TIC, no dejan de tener vigencia los principios constitucionales del constitucionalismo occidental contemporáneo.
- El Derecho Constitucional debe brindar distintas respuestas al fenómeno tecnológico al momento de orientar el actuar del Estado, exigiéndole distintos roles de acuerdo al caso concreto a resolver.

- Existen distintas concepciones en torno a lo que es el constitucionalismo digital: (i) una construcción supraestatal y extrajurídica, (ii) un medio de articulación del poder privado en espacios digitales, (iii) como el conjunto de instrumentos tendientes a establecer una declaración de derechos en Internet, o (iv) como una ideología o rama del Derecho Constitucional contemporáneo
- Asumimos la concepción de Constitucionalismo digital como aquella rama del Derecho Constitucional que se encarga del estudio y desarrollo de los derechos fundamentales y el poder político en espacios digitales, así como de los elementos interpretativos para resolver situaciones de conflicto constitucional en dichos espacios. Uno de estos criterios de interpretación constitucional sería la perspectiva sistemática digital.
- Las TIC afectan los derechos fundamentales en una doble dirección: los potencian en su ejercicio y potencian sus amenazas de afectación.
- La interpretación evolutiva implica una herramienta de adecuación de la norma jurídica a la realidad. Esta herramienta está limitada por la literalidad, finalidad y sistematicidad de la norma a interpretarse.
- Es posible el utilizar la interpretación evolutiva conjuntamente con el artículo 3° de nuestra Constitución, pues se sustentan en supuestos y principios distintos.
- Es posible identificar tres formas en las que se relacionan los derechos fundamentales y las TIC: 1. Como una manifestación de un derecho previo en entorno digitales; 2. Incorporando un contenido extra a un derecho fundamental previo; y, 3. Generando el reconocimiento de nuevos derechos.

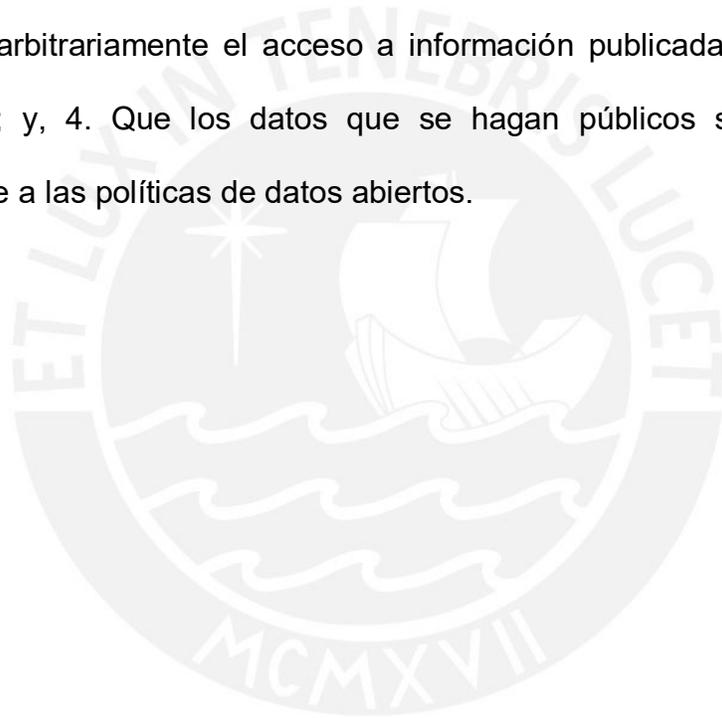
- Es posible diferenciar entre derechos digitales fundamentales propios e impropios; siendo ello importante porque se podría discutir la necesidad de un derecho fundamental de acceso a las TIC previamente para poder ejercer un determinado derecho digital fundamental.
- Al momento de enfrentarnos ante una situación jurídica constitucional cuyo problemática gira en torno a Internet, cabe realizar una interpretación prelativa en torno a determinar a) si es manifestación de un derecho en entornos digitales, b) si es un nuevo contenido de un derecho previamente existente y c) si es un nuevo derecho.
- El principio de transparencia goza de desarrollo constitucional e infraconstitucional en nuestro país. El TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece un régimen general para promover y garantizar la transparencia en la Administración Pública, en el Sistema de Justicia, en el manejo de las finanzas públicas, entre otros.
- Las normas que recogen el principio de transparencia buscan cumplir con los presupuestos de un Estado democrático y republicano, fundamentos del principio de transparencia implícito en nuestra Constitución.
- A nivel de Naciones Unidas, es la lucha contra la corrupción la que impulsa el reconocimiento de la transparencia como un principio que guía el actuar de los Estados.
- A nivel interamericano, son las distintas Cartas y otros instrumentos internacionales relacionados al buen gobierno y a la buena gestión pública los que, principalmente, reconocen el principio de transparencia. De acuerdo

a ello, es posible observar la estrecha relación que existe entre el manejo de la cosa pública y la transparencia: se le reconoce como principio rector, a nivel interamericano, del actuar administrativo del Estado.

- Distintos regímenes legales positivizan la transparencia activa y la reconocen como una obligación del Estado de difundir a través de Internet (especialmente a través de sus páginas web) determinada información. También a nivel internacional, en términos de *soft law*, la transparencia activa está presente, imponiendo al Estado el deber de publicitar progresivamente cierta información.
- En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se han desarrollado los alcances y contenidos del derecho de acceso a la información pública, centrándose, principalmente, en el procedimiento que se sigue luego de presentada la solicitud de acceso.
- El Tribunal Constitucional dimensiona el derecho de acceso a la información pública en el derecho de petición (transparencia pasiva).
- El derecho de acceso a la información pública, si bien no goza de reconocimiento autónomo en instrumentos internacionales de *soft law*, ha sido reconocido como parte del derecho de la libertad expresión y/o información. Así, resalta lo desarrollado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en torno al derecho de acceso a la información en Internet: la transparencia activa y la apertura de la información como criterios a tomar en cuenta al analizar este derecho a la luz de Internet.

- Consideramos que el derecho de acceso a la información pública tiene contenidos diferenciados del derecho de petición y del derecho de libertad de información.
- El derecho de acceso a la información pública cubre el interés fundamental de que el ciudadano pueda acceder o pueda tener conocimiento de la información que crea o posee el Estado. Así, si bien el artículo 2 inciso 5 de nuestra Constitución sería una forma en la que se cubre dicho interés, esta no sería la única pues la transparencia activa también sería un mecanismo de cubrir dicho interés y, por tanto, tendría trascendencia constitucional.
- La normativa peruana en materia de TIC y transparencia disponen que: i) el Estado utilice las TIC como medio para promover y fortalecer la transparencia; y ii) la información pública, si son datos, tengan que estar de acuerdo al principio de datos abiertos.
- Existe una estrecha relación entre normativa de TIC y transparencia: en la medida que avanza la tecnología, la transparencia se potencia cada vez más.
- En tanto han ido cambiando y se han ido añadiendo nuevos cambios tecnológicos, las Administraciones públicas también han tenido que cambiar e ir evolucionando con estos cambios. El concepto de transparencia (y el derecho de acceso a la información pública) y los distintos tipos de transparencia no son los mismos hoy en día que hace 40 años.
- La relación existente entre Administración pública tradicional – Gobierno electrónico y Gobierno Abierto transforman el entendimiento que se debe tener sobre el principio constitucional de transparencia (en sus

manifestaciones de transparencia pasiva – transparencia activa y transparencia proactiva). Estos cambios generan nuevos contenidos en el derecho de acceso a la información pública, además del clásico que es entendido como manifestación del derecho de petición: 1. Que las solicitudes de acceso a la información puedan ser remitidas, procesadas y atendidas a través de cualquier medio electrónico; 2. La obligación de las entidades de publicar información en sus portales de transparencia, conforme a ley; 3. No impedir arbitrariamente el acceso a información publicada en plataformas digitales; y, 4. Que los datos que se hagan públicos sean publicados conforme a las políticas de datos abiertos.



## Conclusiones

- El derecho de acceso a la información pública debe actualizar su contenido a la luz de los cambios producidos por las TIC en la Administración pública. Ello responde a la relación existente entre Administración pública tradicional – Gobierno Electrónico – Gobierno Abierto con la Transparencia pasiva – Transparencia activa – Transparencia proactiva.
- En este sentido, interpretar el principio constitucional de transparencia y el derecho de acceso a la información pública conforme con los parámetros tecnológicos introducidos en la Administración pública brinda una nueva serie de contenidos del derecho de acceso a la información pública que son: 1. A que las solicitudes de acceso a la información puedan ser remitidas, procesadas y atendidas a través de cualquier medio electrónico; 2. La obligación de las entidades de publicar información en sus portales de transparencia, conforme a ley; 3. No impedir arbitrariamente el acceso a información publicada en plataformas digitales; y, 4. Que los datos que se hagan públicos sean publicados conforme con las políticas de datos abiertos.

## Bibliografía

ABAD, Samuel

2006 “Transparencia y acceso a la información pública. Avances y retos pendientes”. *Temas de derecho tributario y derecho público. Libro homenaje a Armando Zolezzi Möller*. Lima: Palestra.

AGUILAR, Gonzalo

2010 “Derechos fundamentales-Derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XLIII, núm, 127, enero-abril, pp. 15-71.  
<<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v43n127/v43n127a1.pdf>>

ALLESCH, Johann y OBANDO, Iván.

2005 “Aproximación dogmática y jurisprudencial a los principios de transparencia y publicidad de los actos e información administrativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 2, Núm. XXVI, pp. 31-88.  
<<https://www.redalyc.org/pdf/1736/173620162002.pdf>>

AMORETTI, Francesco

2009 *Electronic Constitution: Social, Cultural, and Political Implications*. London: IGI Global.

ARROYO, Alfonso.

2014 “Seguridad jurídica para una nueva gobernanza territorial”. Fernández de Losada, Agustín y Serrano FERNÁNDEZ DE LOSADA, Agustín y SERRANO, Claudia (coord.) *Descentralización, transparencia y seguridad jurídica en América Latina y Europa*. Instituto Nacional de Administración Pública: Madrid

AZURES, José

2010 “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm 22., enero-junio, pp. 3-51.

BARTOLOMÉ, José Carlos.

2011 “Constitución y derechos humanos en el siglo XXI: las disfunciones de las democracias consolidadas”. *Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo: ensayos escogidos*. México DF.: Miguel Ángel Porrúa.

BARRERA, Concepción; GUICHOT, Emilio y HORGUÉ, Concepción.

2014 “Publicidad activa”. *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos.

BARROS, Alejandro.

2012 “Qué son los datos abiertos y para qué sirven”. HOFFMANN, Andrés, RAMÍREZ-ALUJAS, Alvaro Y BOJÓRQUEZ, José (coord.) *La promesa del Gobierno Abierto*. México: Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal.

<[https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La\\_promesa\\_del\\_Gobierno\\_Abierto.pdf](https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf)>

BECERRA, Ricardo.

2008 “Internet llega a la Constitución (El derecho de acceso a la información y los sistemas electrónicos)”. *El derecho de acceso a la información en la Constitución Mexicana*. México: UNAM.

BERNER, Katharina

2011 “Constitutions Going Online – Internet-Related Dynamics in Constitutional Law?”. *HIIG Discussion Paper Series No. 2012-09*.

<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1940346](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1940346)>

BERTONI, Eduardo (comp.)

2016 *Internet y derechos humanos II*. Buenos Aires: Ediciones el Jinete Insomne.

BILBAO, Luis y LANZA, Ramón

2009 “Historia Económica”. Material del 2º Semestre de Estudios de Grado en ADE. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

<[https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11139/55646\\_HistoriaEconomicaCC.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/11139/55646_HistoriaEconomicaCC.pdf?sequence=1)>

CAMISÓN, José Angel

2015 “Derecho constitucional y nuevas tecnologías”. *Democracia Digital e Governo Electrónico, Florianópolis*, N° 13, pp. 123-148.

<<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/252>>

CAMPOS, Eva y COROJAN, Ana.

2012 “El estado del arte del Gobierno Abierto: Promesas y Expectativas”. HOFFMANN, Andrés, RAMÍREZ-ALUJAS, Alvaro Y BOJÓRQUEZ, José (coord.) *La promesa del Gobierno Abierto*. México: Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal.  
<[https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La\\_promesa\\_del\\_Gobierno\\_Abierto.pdf](https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf)>

CANALES, David Alonso.

s/f *Transparencia y rendición de cuentas en una democracia constitucional. De la necesidad de crear un Tribunal Federal de Fiscalización Superior para México*.  
<[http://www.infodf.org.mx/nueva\\_ley/22/7/DavidAlonsoCanalesVargas.pdf](http://www.infodf.org.mx/nueva_ley/22/7/DavidAlonsoCanalesVargas.pdf)>

CANOSA, Raúl

2008 Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales”. *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR, Arturo (coord.) México DF.: Instituto de Investigaciones jurídicas, pp. 57-98.  
<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2560/8.pdf>>

CARPIO, Edgar.

2003 “La interpretación de los derechos fundamentales”. *Derecho PUCP*, Núm. 56, 2003, pp. 463 – 530.

CELESTE, Edoardo

2018 “Digital constitutionalism Mapping the constitutional response to digital technology’s challenges”. *High Discussion Paper Series*, 2018-02.  
<<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=251111065111108119004080085069076086027042005049030031109121082102123010023011117113025043060052010029015018101091090012127084011015057037067122074000003122098093112070039021110117091022110115085114000127083127101097123089078005106026119090074098022079&EXT=pdf>>

CELESTE, Edoardo

2019 “Digital constitutionalism: a new systematic theorization”. *International Review of Law, Computer & Technology*.

CHAVES, Julián

2004 “Desarrollo tecnológico en la Primera Revolución Industrial”. *Norba. Revista de Historia*. ISSN 0213-375X, Vol. 17, pp. 93-109.

CHERNILO, Daniel

2014 “Concepciones en la sociología constitucional contemporánea”. *Economía y Política*, 1 (2), pp. 101-129.  
<<https://dspace.lboro.ac.uk/dspace-jspui/bitstream/2134/16455/1/2014%2C%20Chernilo%20SCC.pdf>>

CLASTORNIK, José y PARDO, Virginia.

2012 “El Gobierno Abierto como parte integral de la agenda digital peruana”. HOFFMANN, Andrés, RAMÍREZ-ALUJAS, Alvaro y BOJÓRQUEZ, José (coord.) *La promesa del Gobierno Abierto*. México: Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal.  
<[https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La\\_promesa\\_del\\_Gobierno\\_Abierto.pdf](https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf)>

CORTÉS, Carlos

2016 “La gobernanza de internet: la trampa de las formas”. En BERTONI, Eduardo (comp.) *Internet y derechos humanos II*, Buenos Aires: Ediciones del Jinete Insomne.

CRIADO, Ignacio.

2016 “Las administraciones públicas en la era del gobierno abierto. Gobernanza inteligente para un cambio de paradigma en la gestión pública”. *Revista de Estudios Políticos*, N° 173, pp. 245-275.

CRUZ, Christian.

2015 “Gobierno electrónico para lograr el gobierno abierto: avances y retos en México”. *XX Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y la Administración Pública*.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO.

2001 *El acceso a la información pública y la “cultura del secreto”*. Lima.

DE LA FUENTE, Carlos y ÁLVAREZ, Martín.

2012 “Open linked data: la nueva frontera”. HOFFMANN, Andrés, RAMÍREZ-ALUJAS, Alvaro Y BOJÓRQUEZ, José (coord.) *La promesa del Gobierno Abierto*. México: Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal.

DEL PIAZZO, Carlos

2003 “Control social de la administración y transparencia”. *Ius Publicum*, N° 11.

DÍAZ, Francisco

2008 “La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación”. *Pensamiento Constitucional*, Año XIII, No. 13, pp. 203-226.

DÍAZ, Francisco

2009 *Los Derechos Humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DÍAZ, Francisco

2010 “Los Órganos Constitucionales Autónomos en México: Una visión integradora”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 37, julio-diciembre, pp. 85 – 120.

ESPINOSA - SALDAÑA, Eloy

2009 *El derecho de acceso a la información pública en Iberoamérica*. “El derecho de información en el Perú: luces, sombras y algunos retos por afrontar”. Arequipa: Adrus.

ESPINOSA – SALDAÑA, Eloy.

2019 *En defensa de la Constitución. Código Procesal Constitucional y tutela del ciudadano*. Lima: Gaceta Jurídica.

FABIÁN RUÍZ, José

2017 *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Madrid: McGRAW-HILL/Interamericana de España.

FERNÁNDEZ, Luisa

1998 *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*. Madrid: McGRAW-HILL/Interamericana de España.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón

2012 “El acceso de los ciudadanos a la información pública. Del derecho individual de defensa al principio general de transparencia”. ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef (coord.) *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, pp. 165-185.

FREDDYUR, Luis

2008 “Positivización y protección de los derechos humanos: aproximación colombiana”. *Criterio jurídico*. V. 8 No.2, ISSN 1657-3978, Santiago de Cali, pp. 45-72.

FREEDOMHOUSE

2018 *Freedom on the Net 2018: Italy*.

<<https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2018/italy>>

FREEMAN, Chris y LOUÇÃ, Francisco

2001 *As time goes by. From the Industrial Revolutions to the Information Revolution*. Oxford: University Press.

FROSINI, Tommaso

2003 "Nuevas tecnologías y constitucionalismo". *Revista Derecho del Estado*, 15 (1), pp. 29-44.

<<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/798>>

FUERTES, Mercedes

2014 *Neutralidad de la red: ¿realidad o utopía?* Madrid: Marcial Pons.

FUMEGA, Silvana y SCROLLONI, Fabrizio.

2012 "El acceso a la información y los gobiernos abiertos en América Latina". HOFFMANN, Andrés, RAMÍREZ-ALUJAS, Alvaro Y BOJÓRQUEZ, José (coord.) *La promesa del Gobierno Abierto*. México: Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública; Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal.

<[https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La\\_promesa\\_del\\_Gobierno\\_Abierto.pdf](https://www.alejandrobarrros.com/wp-content/uploads/2016/04/La_promesa_del_Gobierno_Abierto.pdf)>

GALINDO, Fernando

2012 "Democracia, Internet y Gobernanza: Una Concreción". *Seqüência*, n. 65, p. 33-56.

GARCÍA, Francisco

2006 "El Gobierno de Internet como reto del Derecho Constitucional". *Anales del Derecho. Universidad de Murcia*. Número 24, 2006, pp. 267-289.

GARCÍA MEXÍA, Pablo.

2014 "Internet, gobierno abierto y participación política". *El Parlamento ante la crisis: XX Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, pp. 140-152.

GARCÍA-PELAYO, Manuel

1991 "Derecho Constitucional". *Obras Completas*, Tomo III. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 2269 – 2309.

GILL, Lex; REDEKER, Dennis y GASSER, Urs.

2015 "Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights". *Berkman Center Research Publication No. 2015-15*.  
<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2687120](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120)>

GRABER, Christoph

2017 "Bottom-Up Constitutionalism: The Case of Net Neutrality". *I-call Working Paper No. 01*, Zurich: Universidad de Zurich.

HESSE, Konrad

1983 *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

HOSTOS, Víctor

2017 TRANSPARENCIA Y EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL MARCO DE UNA BUENA ATENCIÓN CIUDADANA.  
<<https://slideplayer.es/slide/10880996/>>

INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (INAI)

1983 *Gobierno Abierto y Transparencia Proactiva*. México DF.

ISENSEE, Carlos. y MUÑOZ, Jorge

2013 "El derecho (fundamental) de acceso a la información pública como principio (de transparencia)". *Derecho y Justicia*, N° 3, pp. 45-72.

JARAMILLO, Paula.

(s/f) *Derechos fundamentales en Internet y su defensa ante el Sistema Americano de Derechos Humanos*. Santiago: ONG Derechos Digitales.

JIJENA, Renato.

2016 "Gobierno Electrónico, Transformación Tecnológica del Gobierno y Derecho". *Foro Jurídico*, N° 15, pp. 199-213.

JINESTA, Ernesto.

(s/f) *Transparencia administrativa y derecho de acceso a la información administrativa*.

<[http://www.ernestojinesta.com/\\_REVISTAS/TRANSPARENCIA%20ADMINISTRATIVA%20Y%20DERECHO%20DE%20ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20ADMINISTRATIVA%20-%202004.PDF](http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/TRANSPARENCIA%20ADMINISTRATIVA%20Y%20DERECHO%20DE%20ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20ADMINISTRATIVA%20-%202004.PDF)>

KANT, Immanuel

2018 *Hacia la paz perpetua. Un diseño filosófico*. Trad. ARAMAYO, Roberto. Madrid: Alameda.

<<https://ctkebooks.net/wp-content/uploads/2018/10/HACIA-LA-PAZ-PERPETUA.pdf>>.

KURBALIJA, Jovan y GELBSTEIN, Eduardo

2005 *Gobernanza de Internet. Asuntos, actores y brechas*. Malta: DiploFoundation.

KURBALIJA, Jovan y GELBSTEIN, Eduardo

2005 *Gobernanza de Internet. Asuntos, actores y brechas*. Malta: DiploFoundation.

LATHROP, Daniel y RUMA, Lauren.

2010 *Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*. Reilly Media, Inc.

LEINER, Barry; CERF, Vinton; CLARK, David y otros

2009 "Brief History of the Internet". *ACM SIGCOMM Computer Communication Review*, Vol. 39, Núm. 5, pp. 22-31.

<<https://www.cs.ucsb.edu/~almeroth/classes/F10.176A/papers/internet-history-09.pdf>>

LIZCANO, Jesús

2013 "Transparencia". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 3, setiembre-febrero, pp. 160-166.

LUQUE, Martín.

2002 "El derecho de acceso a la información pública documental. Una propuesta de transparencia para la democratización". *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, N° 8, pp. 621 - 669.

MANN, Monique; DALY, Angela; WILSON, Michael; SUZOR, Nicolas

2018 The Limits of (Digital) Constitutionalism: Exploring the Privacy-Security (Im)Balance in Australia". *International Communication Gazette (por publicarse)*

<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3021580](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3021580)>

MARTÍNEZ, Rubén

2016 ""Transparencia: derecho fundamental y antídoto contra la corrupción". *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Vol. 55.

<<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rvdpo55&div=21&id=&page=>>>

MORALES, José

2015 "Transparencia: derecho fundamental y antídoto contra la corrupción". *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Vol. 55.

PADOVANI, Claudia y SANTANIELLO, Mauro

2018 "Digital constitutionalism: Fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system". *The International Communication Gazette*, Vol. 80 (4), pp. 295-301.

<<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1748048518757114>>

PADOVANI, Claudia; MUSIANI, Francesca y PAVAN, Elena

2010 "Investigating evolving discourses on human rights in the digital age. Emerging Normas and Policy Challenges". *The International Communication Gazzete*. Vol. 72 (4-5).

PERES, Wilson y HILBERT, Martín (ed.).

2009 *La sociedad de la información en América Latina y el Caribe. Desarrollo de las tecnologías y tecnologías para el desarrollo*. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

<[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2537/1/S0900902\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2537/1/S0900902_es.pdf)>

PÉREZ, Antonio

1991 *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*. 4ta. ed. Madrid: Tecnos

PÉREZ, Antonio

2011 "Internet y los derechos humanos". *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, Vol. 12, pp. 287-329.

< <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/38107>>

PÉREZ, Jorge

2008 *La Gobernanza de Internet. Contribución al debate mundial sobre la gestión y el control de la red*. Madrid: Ariel.

PIÑAR, José Luis.

2014 "Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno". *Revista catalana de dret públic*, N° 49. <<https://core.ac.uk/download/pdf/39147095.pdf>>

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

2014 *Programa de fortalecimiento de capacidades en materia de Gobierno Abierto dirigido a gobiernos regionales y locales. Transparencia Gobierno Abierto*. Fascículo 1.

<<https://sgp.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Fasciculo-1-Transparencia.pdf>>

PRIETO, Margarita.

1984 *Informática jurídica: el derecho ante un gran reto*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

2007 *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*.

<<http://cidh.oas.org/relatoria/section/Estudio%20Especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20Acceso%20a%20la%20Informacion.pdf>>

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

2010 *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*.

<<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%202da%20edicion.pdf>>

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

2013 *Libertad de expresión e internet*.

<[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014\\_04\\_08\\_Internet\\_WEB.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf)>

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

2017 *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*.

<[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET\\_2016\\_ESP.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf)>

ROBALINO-ORELLANA, Javier.

2011 “Retos de la organización administrativa. De la ley de indias al e-government. La inevitable presencia del gobierno electrónico”. *Retos de la organización administrativa contemporánea*. San Salvador: Corte Suprema de Justicia.

RODOTÀ, Stefano

2004 “Derecho, ciencia, tecnología. Modelos y decisiones de regulación”. *Derecho PUCP*, No. 57, pp. 105-121.

RÚA, Carlos

2014 “Aproximación hermenéutica al principio de transparencia”. *Revista Republicana*. Núm. 17, julio – diciembre, pp. 99-117.

SAN ROMÁN, Edwin

2006 “Modelos de Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones”. *Derecho & Sociedad*, No. 26, pp. 158-166

SANTANIELLO, Mauro

2016 “Internet politics. Mapping WSIS +10 controversies on Internet governance. *Selected Papers of AoIR 2016: The 17th Annual Conference of the Association of Internet Researchers*. Berlín.

SANTANIELLO, Mauro; PALLADINO, Nicola; CATONE, Maria Carmela y DIANA, Paola.

2018 “The language of digital constitutionalism and the role of national parliaments”. *The International Communication Gazette*, Vol. 80(4), pp. 320-336.

SÁNCHEZ, Juan

2016 “El Derecho Constitucional ante la era de Ultrón: la informática y la inteligencia artificial como objeto constitucional”. *Estudios de Deusto*, Vol. 64/2, Julio-Diciembre, pp. 225-258.

SENDÍN, Miguel

2014 “Transparencia y acceso a la información pública”. *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime y SENDÍN, Miguel. Comares: Granada, 2014.

SIMONCINI, Andrea

2016 “The Constitutional Dimensions of the Internet: Some Research Paths. *EUI Department of Law Research Paper*, No. 16.  
<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2781496](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2781496)>

SOSA, Juan Manuel.

2009 “Derechos constitucionales no enumerados y derecho al libre desarrollo de la personalidad”. *Derechos constitucionales no escritos reconocidos por el Tribunal Constitucional*. SÁENZ, Luis (Coord.). Lima: Gaceta Jurídica.

SOSA, Juan Manuel.

2018 *Acceso a la justicia constitucional. Procedencia del amparo y del recurso de agravo constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

SOUTHCENTRE

2006 “Gobernanza de Internet para el Desarrollo”. Documento Analítico.

<[https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2013/07/AN\\_IGF1\\_Internet-Governance-for-Development\\_ES.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2013/07/AN_IGF1_Internet-Governance-for-Development_ES.pdf)>

SPANO, Pedro.

2016 “El principio de transparencia de la gestión pública en el marco de la teoría del buen gobierno y la buena administración. La transformación de la Administración Pública para la tutela de los derechos fundamentales a propósito de la provincia de Santa fe”. *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, N° 1, Ene/Jun 2016, pp. 225-268.

SUZOR, Nicolas

2016 “Digital Constitutionalism: Using the Rule of Law to Evaluate the Legitimacy of Governance by Platforms”. *GigaNet: Global Internet Governance Academic Network, Annual Symposium*  
<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2909889](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909889)>.

SUZOR, Nicolas; VAN GEELLEN, Tess y WEST, Sarah Myers

2018 “Evaluating the legitimacy of platform governance: A review of research and shared research agenda”. *The International Communication Gazette*, Vol. 80, pp. 385-400.

TEUBNER, Gunther

2013 “The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism”. *Transnational Legal Theory* 4, 2013, pp. 44-58.

UGALDE, Luis Carlos

2002 *Rendición de Cuentas y Democracia en México*. México: Instituto Federal Electoral.

UNESCO

2015 *Principles for governing the Internet. A comparative analysis*. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Paris.

UNIVERSIDAD DE CHILE.

S/f *Manual de Transparencia Pasiva*.

<[http://www.uchile.cl/documentos/manual-general-de-transparencia-pasiva-pdf\\_142604\\_1\\_2000.pdf](http://www.uchile.cl/documentos/manual-general-de-transparencia-pasiva-pdf_142604_1_2000.pdf)>

VARGAS, César.

2011 “El Gobierno Electrónico o e-Gobierno”. *Uni-Pluri/Versidad*, Vo. 11, No. 1.

VERA, José Manuel.

2016 “Algunas reflexiones sobre cómo ser demócrata hoy y no morir entre bytes”. *Pensamiento Constitucional*, Vol. 21, Núm. 21, pp. 277-297.

VILLENA, Dilmar

2016 “La trascendencia constitucional de la neutralidad de la red”. *THĒMIS-Revista de Derecho*, No. 70, pp. 223-246.

VILLENA, Dilmar

2018 “Recientes líneas jurisprudenciales del Tribunal Constitucional en materia de acceso a la información pública”. *Gaceta Constitucional*, Tomo 131, Noviembre, pp. 37-38.

YILMA, Kinfe

2017 “Digital Privacy and Virtues of Multilateral Digital Constitutionalism – Preliminary Thoughts”. *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 25, No. 2  
<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2945984](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2945984)>

ZEGARRA, Diego

2009 “El ejercicio del derecho de acceso a la información pública en el Perú: marco jurídico administrativo”. *Revista de Derecho Administrativo*, N° 8.  
<<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14004>>

ZICCARDI, Giovanni

2013 *Resistance, Liberation Technology and Human Rights in the Digital Age*. Países Bajos: Springer.  
<<https://cryptome.org/2013/03/hacking-digital-dissidence.pdf>>