

El derecho a la privacidad digital. *Análisis de los marcos legales de Guatemala, Honduras, El Salvador y Nicaragua*

Luciana Peri

Recibido: 30.06.16 / Aceptado: 05.07.16

RESUMEN

En este artículo se presenta los resultados jurídicos de la investigación “¿Privacidad digital para defensoras y defensores de derechos humanos? Un estudio sobre cómo los marcos legales de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua pueden ser utilizados para la protección, criminalización y/o vigilancia digital de defensoras y defensores de derechos humanos”, la cual fue realizada por Fundación Acceso en el año 2015. Lo que se busca es analizar los marcos legales vigentes en estos cuatro países relacionados con el derecho a la privacidad digital, en internet y en las telecomunicaciones, tanto en el plano constitucional, como en otras leyes y jurisprudencia, para lo que se toma como referencia los estándares internacionales en la materia.

PALABRAS CLAVES

Privacidad digital, derechos humanos, protección, criminalización, Centroamérica.

ABSTRACT

This article discusses the legal results in the research "Digital privacy for human rights defenders? A study on how the legal frameworks from El Salvador, Guatemala, Honduras and Nicaragua can be used for the protection, criminalization and / or digital surveillance of human rights defenders ", which was conducted by Fundación Acceso in 2015. It aims to analyze the legal frameworks related to the right to digital privacy on the Internet and telecommunications in these four countries, both at the constitutional level, as well as in other laws and jurisprudence, taking into account the international standards in this area as a reference.

KEYWORDS

Digital privacy, human rights, protection, criminalization, Central America.

Introducción¹

Luciana Peri (1984) licenciada en Relaciones internacionales por la Universidad de El Salvador (2007) y máster en derechos humanos y estudios para la paz por la Universidad Nacional de Costa Rica (2012). Encargada de desarrollo organizativo de Fundación Acceso.

Fundación Acceso es una organización sin fines de lucro con sede en Costa Rica con más de veinte años de existencia. Desde el año 2007² trabaja en la región centroamericana con defensores y defensoras de derechos humanos en riesgo, apoyándoles en procesos relacionados con su Seguridad de la Información y la Comunicación (SIC), respondiendo a la misión de contribuir a mitigar la permanente y creciente violación a los derechos humanos vinculados a la seguridad física, tecnológica y psico-social de poblaciones en situación de vulnerabilidad y/o riesgo en Centroamérica.

Así, una de las poblaciones con la que trabajamos es con defensores y defensoras de derechos humanos en riesgo, a quienes hemos ofrecido asistencia técnica y capacitaciones en SIC en Guatemala, Honduras y Nicaragua, manteniendo una cercana relación con las y los defensores de la región. En estos procesos surgían preguntas tales como: “en mi país ¿es legal cifrar los correos electrónicos?” “Al intentar cruzar una frontera, ¿los oficiales pueden obligarme a prender mi computadora y enseñarles su contenido?” “Si la organización para la que trabajo sufre un allanamiento, en el que se decomisan las computadoras, ¿debemos entregar las clave de cifrado?” “¿Nos estaremos poniendo en riesgo a nosotras mismas y a las personas con las que trabajamos al apoyarles en sus procesos de SIC?”

Realmente, desde Acceso, no podíamos dar respuestas a estas preguntas y al intentar obtener la información encontramos que en ninguno de los países en los que trabajábamos ni a nivel centroamericano se había producido material sobre este tema. Ante tal panorama, decidimos realizar la investigación presentada en este artículo, cuyo objetivo general es: analizar los marcos legales vigentes en El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua relacionados con el derecho a la privacidad digital, en internet y en las telecomunicaciones para determinar si pueden ser utilizados para criminalizar y/o vigilar a defensores y defensoras de derechos humanos en esos países.

A su vez, el camino a seguir para alcanzar el objetivo general fue establecido en los objetivos específicos:

¹ Este artículo es un resumen de la investigación “¿Privacidad digital para defensoras y defensores de derechos humanos? Un estudio sobre cómo los marcos legales de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua pueden ser utilizados para la protección, criminalización y/o vigilancia digital de defensoras y defensores de derechos humanos” elaborada por un equipo de investigación integrado por: Luciana Peri (Coordinadora), Katitza Rodríguez (Estándares internacionales), Marlon Hernández Anzora (El Salvador), Jorge Jiménez Barillas y Hedme Sierra-Castro (Guatemala), Edy Tábor González (Honduras) y Mireya Zepeda Rivera (Nicaragua).

² Con el apoyo de la Agencia Sueca de Cooperación para el Desarrollo Internacional (ASDI) y del Fondo Holandés de Derechos Humanos para Centroamérica, administrado por ICCO Cooperación.

1. Identificar los estándares internacionales relacionados con el derecho a la privacidad digital, en internet y en las telecomunicaciones
2. Conocer los marcos legales nacionales e internacionales vigentes en El Salvador, Guatemala, Honduras y/o Nicaragua relacionados con el derecho a la privacidad digital, en internet y en las telecomunicaciones para determinar si cuentan con ambigüedades y vacíos.
3. Evaluar los marcos legales nacionales e internacionales vigentes en El Salvador, Guatemala, Honduras y/o Nicaragua relacionados con el derecho a la privacidad digital, en internet y en las telecomunicaciones para determinar su consonancia con los estándares internacionales en la materia.
4. Identificar las principales experiencias e inquietudes relacionadas con el derecho a la privacidad digital, en internet y en las telecomunicaciones del sector técnico y de defensa de derechos humanos de El Salvador, Guatemala, Honduras y/o Nicaragua para responderlas desde una perspectiva jurídica.

El derecho a la privacidad en la era digital

El derecho a la privacidad ha sido históricamente considerado uno de los derechos humanos más difíciles de definir (Rotenberg, 2006). La falta de una definición única, sin embargo, no supone que el asunto carezca de importancia. Todo lo contrario, como ya la doctrina internacional ha señalado, “en cierto sentido, todos los derechos humanos son aspectos del derecho a la privacidad” (Volio, 1981).

La doctrina jurídica diferencia dos esferas de protección del derecho a la privacidad. En la esfera positiva toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada. En su dimensión negativa, prohíbe la injerencia en la vida privada de una persona, sus comunicaciones, sus documentos, su familia y su domicilio. La privacidad, como derecho humano, ha sido reconocida en los tratados internacionales de derechos humanos.³

Sin embargo, el derecho a la privacidad, como toda libertad fundamental, no es un derecho absoluto. El Estado puede restringir esos derechos para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y los derechos y libertades de terceros. Para ser permisibles, las restricciones deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias y proporcionales para perseguir los fines legítimos.

³ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 12; Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, artículo 14; Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, artículo 16; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17; convenciones regionales incluido artículo 10 Del Capítulo Africano Carta sobre los Derechos y el Bienestar del Niño; artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 4 de los principios de la Unión Africana sobre la Libertad de Expresión; artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 21 de la Declaración Derechos Humanos de la ASEAN, artículo 21 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, y artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, Expresión y Acceso a la Información, Principios de Camden para la Libertad de Expresión y la Igualdad Libre.



www.tes.com

Revisión de literatura

Referencias a la noción de privacidad se remontan a textos tan antiguos como la Biblia, la cultura hebrea temprana, Grecia clásica y la antigua China (Rotenberg, 2006). Estas nociones también aparecen durante la época monárquica cuando los reyes utilizaban la privacidad con el fin de proteger aquello que no querían exponer al escrutinio público. Las violaciones a la privacidad también salen a la luz, por ejemplo, el uso de la vigilancia con fines de control político. Así sucedió en la antigua Roma, cuando Cicerón se percató que sus mensajeros interceptaban sus propias cartas bajo las órdenes de Julio César (Zurcher, 2015, bbc.com), o en el Reino de los Tudors en Inglaterra (washingtonblog.com, 2014), quienes contaban con toda una maquinaria estatal preparada para vigilar y atrapar a quien produjera literatura desafiante contra el reino.

La discusión sobre la utilidad de la vigilancia como mecanismo de control de la población ha sido abordada también en la filosofía. Jeremy Bentham, filósofo británico, propuso el *panóptico* (University College London), un edificio circular con una torre central de observación donde el vigilante podía monitorear a todos los reclusos que se encontraban en sus celdas continuamente, sin que los reclusos, por su parte, fueran capaces de ver al inspector. Bentham pensaba que la incertidumbre de estar continuamente vigilados, garantiza el funcionamiento automático del poder sin que se ejerza a cada momento, logrando una vigilancia más eficaz. Sobre el panóptico, el filósofo francés Michel Foucault postuló que este representa la forma en que la disciplina y el castigo funciona en la

sociedad moderna. El panóptico es un diagrama del poder en acción porque al ver el plano del panóptico uno se da cuenta de cómo operan los procesos de observación; este perfecciona el ejercicio del poder, por un lado, son menos los que lo ejercen y por otro, más aquellos sobre los que se ejerce (Foucault, 1977, pp. 195-228).

La conceptualización de la privacidad ha sido siempre muy debatida y estudiada. Para algunos autores, la privacidad es “el derecho a ser dejado solo (*right to be left alone*, en inglés)” (Warren, 1890, pp. 193-220). Para otros, la clave de la privacidad es el control, el “deseo de las personas de elegir libremente en qué circunstancias, y en qué medida, van a exponer ellos mismos, su actitud y su comportamiento a los demás” (Westin, 1967).

Desde antes que el denunciante Edward Snowden filtrara su primer documento al periódico británico *The Guardian* sobre la vigilancia masiva conducida por la Agencia de Seguridad Nacional (NSA por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos, activistas sobre el derecho a la privacidad ya estaban muy preocupadas por el avance de las técnicas y tecnologías de vigilancia y su impacto en la vida privada de las personas. A partir de aquellas preocupaciones se produce la elaboración de los *Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos sobre la Vigilancia de las Comunicaciones*,⁴ que explican cómo el derecho internacional de los derechos humanos se emplea en el contexto de la vigilancia estatal de las comunicaciones.⁵

La discusión respecto a internet, telecomunicaciones y nuevas tecnologías en El Salvador ha sido guiada, en importante proporción, por las necesidades e intereses del mercado antes que por un afán de proteger los derechos fundamentales de la ciudadanía. A pesar de encontrar una importante producción académica en algunos temas relacionados, sobre todo a nivel de tesis universitarias, el impacto de dicha producción tiene poca repercusión en la discusión de las élites políticas y los medios de comunicación.

En Guatemala, de la producción académica encontrada y consultada, los principales hallazgos fueron sobre los antecedentes históricos del derecho a la privacidad en el derecho constitucional guatemalteco, el cual comenzó en 1824 con la primer constitución guatemalteca (González Rivera, 2007, p. 85); la ilegalidad en el funcionamiento de empresas mercantiles que comercializan datos personales a entidades privadas o estatales vulnerando el derecho a la privacidad de las personas, poniendo en riesgo su seguridad y afectando su dignidad (Boj Saavedra, 2012, pp. 75-96); la intimidad en el ordenamiento jurídico guatemalteco referido a empresas que realizan operaciones profesionales relacionadas con servicios de investigación de personas individuales o jurídicas y comercializan datos personales (Díaz Sontay, 2011, pp. 85-99); el conflicto que existe entre la libertad de la información y la vida privada de las personas en la República de Guatemala (Portillo Menjívar, 2012, pp. 19-30); el flujo correo electrónico comercial no solicitado (o SPAM) y el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna como garantía constitucional (Mazariegos de León, 2012:, pp. 55-58); y el rol indiferente del Estado ante

⁴ Ver: <https://es.necessaryandproportionate.org/text>

⁵ EFF, artículo 19, Análisis Jurídico Internacional de Apoyo y Antecedentes de los Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones, disponible en: <https://es.necessaryandproportionate.org/AnálisisLegal>, Access, Guía de Implementación Universal de los Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones, disponible en: https://s3.amazonaws.com/access.3cdn.net/a0ea423a1607c836a3_aqm6iyi2u.pdf

tutela del derecho fundamental a la privacidad en el servicio de internet (Juárez del Cid, 2014:, pp. 73, 80-81).

En Honduras, la investigación por parte de la sociedad civil y la academia para la discusión de los derechos humanos que no tienen que ver con las violaciones tradicionales (vida, integridad física) es mínima, lo que dificulta avanzar en la exigencia de protección de derechos tales como el derecho a la privacidad. También es escasa la investigación en el tema de la vigilancia en internet y en las telecomunicaciones.

En la producción académica de Nicaragua se ha abordado la importancia del recurso de *habeas data* como mecanismo de protección, actualización y rectificación de información personal almacenada en ficheros de cualquier tipo, incluyendo los digitales.

Resultados y discusión

La investigación en la que se basa el artículo comienza con una introducción sobre el derecho a la privacidad digital, y continúa con un primer capítulo sobre estándares internacionales para la protección de este derecho.

Posteriormente, se presenta un capítulo por país, abarcando El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua; cada uno de los cuales se encuentra dividido en apartados que responden a los objetivos específicos planteados en la investigación. De esta forma, los capítulos nacionales comienzan con una introducción en la que se presentan los antecedentes existentes sobre el tema, es decir, qué se ha investigado en el país y desde qué enfoque se ha hecho; se exponen datos sobre la brecha digital para estimar cuál es la población con acceso a internet y/o a las telecomunicaciones, y de esta manera identificar la población cuyo derecho a la privacidad en el área digital puede ser violentado; y se explica la situación de criminalización de defensores y defensoras de derechos humanos a nivel nacional.

Posteriormente, se presenta el marco legal nacional vigente en cada uno de los países, relacionado con el derecho a la privacidad digital, en internet y en las telecomunicaciones. Así, se comienza identificando los tratados internacionales ratificados para pasar a las constituciones nacionales y luego dar lugar a otras leyes, reglamentos y jurisprudencia, como por ejemplo, normas en materia penal, sobre inteligencia y contrainteligencia o aquellas que regulan el sector de telecomunicaciones. En todos los casos se repasan salvaguardas y limitaciones, particularmente relacionadas con vigilancia, anonimato, cifrado y allanamientos, y se señalan los mecanismos de acceso a la justicia.

En el tercer apartado por país se evalúa la adecuación de estos marcos legales nacionales a los estándares internacionales, particularmente a los Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones, explicados en el primer capítulo.

En el cuarto apartado se presentan las principales experiencias e inquietudes relacionadas con el derecho a la privacidad digital, en internet y en las telecomunicaciones del sector técnico y de defensa de derechos humanos en cada país para dejarlas planteadas con el objetivo de, posteriormente, responderlas desde una perspectiva jurídica. Luego, cada capítulo por país, cuenta con un apartado de conclusiones nacionales.



blog.uptodown.com

Finalmente, la investigación cierra con un capítulo de conclusiones comparativas sobre el derecho a la privacidad en la normativa centroamericana, exponiendo los resultados relacionados con las constituciones y con otras leyes, así como los vinculados con mecanismos de acceso a la justicia para la protección de la privacidad digital en Centroamérica y la adecuación de las normas centroamericanas a los estándares internacionales.

A efectos de este artículo, organizaremos los resultados obtenidos de la investigación, no por país, sino por temas principales.

El derecho a la privacidad en las constituciones centroamericanas

Las constituciones de las repúblicas de Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Honduras protegen el derecho a la privacidad. La protección constitucional de este derecho se encuentra dispersa en artículos de la constitución y jurisprudencia constitucional. Ellos protegen distintos aspectos del derecho a la privacidad como el derecho a la intimidad, el derecho a la vida privada, la inviolabilidad de las comunicaciones, documentos y domicilio, la autodeterminación informativa, la protección de datos o la garantía de *hábeas data*.

Derecho a la intimidad y a la vida

La constitución salvadoreña garantiza expresamente el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en su artículo 2. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de ese país ha desarrollado el contenido de este derecho definiéndolo como un derecho fundamental (SC CSJ/ES, 24 de septiembre de 2010).

En Honduras, tanto la constitución como la jurisprudencia se refieren al derecho a la intimidad. La Sala de lo Penal de la Corte Suprema define la esfera positiva del derecho a la intimidad “como el derecho de la persona de controlar a su arbitrio la información de índole personal que desee sea conocida y determinar la identidad y el número de personas que desee tengan acceso a ella”, mientras que la misma decisión define su esfera negativa

“como el derecho de toda persona a no sufrir o tolerar injerencias de terceros en la vida privada personal y familiar y de rechazar cualquier intento de ello” (SP CSJ/HN, 11 de junio de 2013). La sala hondureña, en la misma sentencia, además señala que entre las múltiples esferas del derecho a la intimidad se encuentran:

sus comunicaciones, mismas que modernamente puede realizar a través del [...] correo electrónico, telefax, teléfono y cualquier otro medio material, electrónico o telemático que permita la comunicación reservada entre dos o más personas a través de texto, audio, imágenes o video, mismas que son de carácter inviolable sin importar lo banal, trivial o insignificantes que puedan ser las comunicaciones [...](SP CSJ/HN, 11 de junio de 2013, p. 20).

Igualmente, la constitución de Guatemala (Asamblea Nacional Constituyente, 1985, art. 25) establece la obligación de respetar la dignidad, intimidad y decoro de las personas ante los registros personales. La Corte Constitucional de este país expuso que el elemento central de protección es la vida privada y su protección frente a injerencias e intromisiones arbitrarias o ilegales (CC/GT, 27 de septiembre de 2007).

Por su parte, la Constitución Política de Nicaragua reconoce el derecho a la vida privada y a la de su familia (Asamblea Nacional, 1987, art. 26). Conforme al artículo 27 de la constitución, este derecho aplica tanto para las personas nicaragüenses como para las extranjeras, pues se trata de un derecho estrictamente vinculado a la propia persona y la única limitación es el ejercicio de los derechos políticos.

Podemos entonces argumentar que el derecho a la intimidad está expresamente recogido a nivel constitucional en estos cuatro países centroamericanos y que los tribunales constitucionales han desarrollado el contenido del derecho en su esfera negativa (injerencia arbitrarias en la vida privada) y positiva (el derecho al respeto de su vida privada).

Inviolabilidad de las comunicaciones, documentos y domicilio

En las constituciones centroamericanas, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y el domicilio es un derecho diferente pero vinculado al derecho a la intimidad. La esencia del derecho es proteger las comunicaciones de una persona, su lugar de residencia u oficina frente a injerencias arbitrarias a la vida privada de las personas y la obligación de las demás de no transgredirlo, incluido el Estado.

La constitución de El Salvador reconoce expresamente el derecho de protección de la morada y la protección de la correspondencia y telecomunicaciones.⁶ De la misma manera, la constitución de Nicaragua reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio, correspondencia y comunicaciones de todo tipo.

En la tradición constitucional guatemalteca, el derecho a la intimidad fue un derecho reconocido desde la constitución de 1823, el cual estipulaba el carácter privado de la

⁶ Artículo 23 de la Constitución de la República de El Salvador: La correspondencia de toda clase es inviolable, interceptada no hará fe ni podrá figurar en ninguna actuación, salvo en los casos de concurso y quiebra. Se prohíbe la interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas. De manera excepcional podrá autorizarse judicialmente de forma escrita y motivada. La intervención temporal de cualquier tipo de telecomunicaciones preservándose en todo caso el secreto de lo privado que no guarde relación con el proceso o la información proveniente de una intervención ilegal carecerá de valor (...)

correspondencia y los documentos y autorizaba ciertas limitaciones al derecho. Ese reconocimiento fue luego tomado por la Constitución Federal de Centroamérica de 1824, y su reforma de 1835. Sin embargo, no fue hasta 1879 que la constitución guatemalteca admitió expresamente la inviolabilidad de los documentos y correspondencia, dejando claro que este derecho solo puede limitarse por medio de juez competente y conforme a los procedimientos que establezca la ley (Asamblea Nacional Constituyente, 1879, art. 37).⁷

Actualmente, la constitución vigente de Guatemala reconoce expresamente la inviolabilidad de la vivienda⁸ y la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros.⁹ En el 2007, la Corte Constitucional de este país dejó claro que el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia protege la intimidad de las personas frente a las injerencias en sus vidas privadas y sólo puede limitarse por necesidades sociales e interés público (CC/GT, 26 de abril de 2007).

Por su parte, la constitución y la jurisprudencia de Honduras, también protegen la inviolabilidad del domicilio¹⁰ y de las comunicaciones.¹¹ Sobre este último derecho, la Sentencia CP-48-2011 de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Honduras definió qué debemos entender por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas:

aquel que derivado del derecho a la vida privada, prohíbe a los particulares ajenos a la comunicación y principalmente al Estado: el secuestro, la captación, interceptación, apertura, grabación, reproducción o divulgación de una comunicación de carácter privada, sea que dichas acciones se realicen al momento en que la comunicación se esté llevando a cabo (en tiempo real), sea que se realice ex post facto o sea que se realice donde conste el registro de la comunicación, como ser materialmente las cartas, dispositivos de teléfonos o computadoras, o electrónicamente en las cuentas personales de e-mails, buzones de redes sociales, chats, etc. La inviolabilidad de las comunicaciones incluyen la protección de los registros que llevan las

⁷ “La correspondencia de toda persona y sus papeles privados son inviolables. Sólo por auto de juez competente podrá detenerse la primera y aun abrirse, ocuparse los segundos, en los casos y con las formalidades que la ley exige”.

⁸ Artículo 23 de la Constitución de Guatemala: Inviolabilidad de la vivienda. La vivienda es inviolable. Nadie podrá penetrar en morada ajena sin permiso de quien la habita, salvo por orden escrita de juez competente en la que se especifique el motivo de la diligencia y nunca antes de las seis ni después de las dieciocho horas. Tal diligencia se realizará siempre en presencia del interesado, o de su mandatario.

⁹ Artículo 24 de la Constitución de Guatemala: Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Sólo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna. Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasa, arbitrios y contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley. Es punible revelar el monto de los impuestos pagados, utilidades, pérdidas, costos y cualquier otro dato referente a las contabilidades revisadas a personas individuales o jurídicas, con excepción de los balances generales, cuya publicación ordene la ley. Los documentos o informaciones obtenidas con violación de este artículo no producen fe ni hacen prueba en juicio.

¹⁰ Artículo 99 de la Constitución de Honduras: El domicilio es inviolable. Ningún ingreso o registro podrá verificarse sin consentimiento de la persona que lo habita o resolución de autoridad competente. No obstante, puede ser allanado, en caso de urgencia, para impedir la comisión o impunidad de delitos o evitar daños graves a la persona o a la propiedad. Exceptuando los casos de urgencia, el allanamiento del domicilio no puede verificarse de las seis de la tarde a las seis de la mañana, sin incurrir en responsabilidad. La ley determinará los requisitos y formalidades para que tenga lugar el ingreso, registro o allanamiento, así como las responsabilidades en que pueda incurrir quien lo lleve a cabo.

¹¹ Artículo 100 de la Constitución de Honduras: Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y al secreto de las comunicaciones, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

empresas públicas o privadas que proporcionan servicios de comunicación y que solo pueden ser utilizados para efectos contables (SP CSJ/ HN, 11 de junio de 2013, p. 20).



www.pabloylesias.com

Autodeterminación informativa

El derecho a la autodeterminación informativa nace en Alemania en 1983 tras una demanda contra un proyecto sobre un censo poblacional que permitía procesar los datos personales de miles de alemanes. El Tribunal Constitucional alemán afirmó que las nuevas tecnologías eran capaces de procesar los datos de tal manera que se lograba una imagen total y pormenorizada de la persona respectiva, incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiendo al ciudadano en un “hombre de cristal” (Marecos, 2013, oiprodat.com). El tribunal concluyó que el “derecho general de la personalidad abarca la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida” (TC/Alemania, 15 de diciembre de 1983). Los datos personales generalmente se entienden como aquellos datos que pueden identificar o llegar a identificar a una persona determinada.

En Honduras, la constitución no reconoce expresamente el derecho a la protección de datos o la autodeterminación informativa. Sin embargo, su protección se encuentra recogida a través de la garantía constitucional del *habeas data*, misma que existe a partir de 2013 (Congreso Nacional de Honduras, decreto 237-2012).

En Guatemala, la constitución no protege expresamente la protección a los datos personales. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad ha definido qué es un dato personal y ha reconocido los derechos a actualizar sus datos, rectificarlos si son erróneos, a mantenerlos en reserva o confidencialidad y a excluirlos de determinada información que pueda considerarse sensible para el interesado.

En Nicaragua, la protección de datos personales se encuentra recogida en la garantía constitucional establecida en el artículo 26.3 de la Constitución Política de ese país, que determina que toda persona tiene derecho a conocer toda información personal que sobre ella se haya registrado en las entidades de naturaleza privada y pública, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad se tiene dicha información.

En El Salvador, la jurisprudencia constitucional sí reconoce la autodeterminación informativa y establece de manera supletoria al recurso de amparo como mecanismo de garantía constitucional ante la ausencia de *habeas data*.

El derecho a la privacidad digital en otras leyes centroamericanas

En Centroamérica no existe un sólo cuerpo legislativo que contenga toda normativa que autorice la actividad de vigilancia por parte del Estado. Estas se encuentran dispersas entre la constitución, decisiones judiciales y leyes. Asimismo, las garantías legales que protegen a las personas frente a la interferencia con el derecho a la privacidad y libertad de expresión se encuentran también dispersas, entre constitución, leyes e incluso tratados internacionales.

En todos los países, además de la constitución, podemos identificar como fuentes relevantes para la protección, criminalización y/o vigilancia digital de defensoras y defensores de derechos humanos los siguientes instrumentos jurídicos:

- a. Código Penal,
- b. Código Procesal Penal,
- c. Ley de Acceso a la Información Pública,
- d. Ley de Telecomunicaciones.

En los ordenamientos de los cuatro países en estudio, el Código Procesal Penal (CPP) regula la intervención de las comunicaciones.

Por ejemplo, en Nicaragua, el CPP establece que procederá la interceptación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicaciones cuando se trate de terrorismo, secuestro extorsivo, tráfico de órganos y de personas con propósitos sexuales, delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas; legitimación de capitales o lavado de dinero y activos, y tráfico internacional de armas, explosivos y vehículos robados. En estos casos la solicitud debe provenir del fiscal general de la república o del director general de la Policía Nacional y será autorizada por juez competente.

En Guatemala, el Código Procesal Penal establece que se podrá ordenar la interceptación y el secuestro de la correspondencia (postal, telegráfica o tele-tipográfica) dirigida al imputado o remitida por él, bajo una orden expedida por el juez. En este caso, el contenido será enviado al tribunal competente, y una vez recibida la correspondencia interceptada, el tribunal abrirá la correspondencia, haciendo constar en acta todas las diligencias actuadas (Asamblea Legislativa, 1992: arts. 203-205).

El Código Procesal Penal salvadoreño establece que cuando se requiera intervenir las

telecomunicaciones de una persona que está siendo investigada o procesada, deberán cumplir con las respectivas garantías constitucionales y el debido proceso para que esta información pueda ser incorporada en un proceso judicial y constituyan prueba (Asamblea Legislativa, 2009, art. 176).

Más específicamente, en el caso de Guatemala, la mayor parte de la regulación relacionada con intervención de las comunicaciones se encuentra en la Ley Contra la Delincuencia Organizada y en la Ley de la Dirección General de la Inteligencia Civil, en la que se aclara que se pueden intervenir las comunicaciones en actividades del crimen organizado con énfasis en la narcoactividad y en la delincuencia común cuando hubiera peligro para la vida, la integridad física, la libertad, y los bienes de personas determinadas. Una diferencia importante entre ambos tipos de intervención es que la información recogida mediante la Ley de Inteligencia sólo tiene carácter preventivo, por lo que no podrá ser utilizada como prueba.

En ambos casos, la solicitud solo puede realizarla el Ministerio Público, y para la Ley contra la Delincuencia Organizada la autorización será dada por los jueces de primera instancia del ramo Penal, mientras que para la aplicación de la Ley de Inteligencia la autorización estará a cargo de una Sala de la Corte de Apelaciones.

Tanto en El Salvador como en Honduras encontramos una ley que regula muy específicamente la limitación del derecho a la privacidad mediante la vigilancia estatal, nos referimos a la Ley para la Intervención de las Comunicaciones,

En Honduras, en enero de 2011, con la entrada en vigencia de la Ley de Intervención de las Comunicaciones Privadas, se derogaron las normas del Código Procesal Penal sobre intervención de las comunicaciones. Esta nueva ley tiene por finalidad “establecer el marco legal de regulación procedimental de la intervención de las comunicaciones” y constituir “una herramienta esencial en la lucha contra la criminalidad tradicional, y sobre todo contra la criminalidad organizada o no convencional” (Asamblea Legislativa, 2010, art. 1); es decir, que la ley tiene aplicabilidad en la investigación de cualquier delito.

En El Salvador se especifica que podrá hacerse uso de la facultad de la ley en un listado que incluye 14 delitos¹², más todos los delitos previstos en la misma ley y todos los delitos conexos con cualquiera de los anteriores, por lo que su aplicabilidad también es muy amplia.

En ambos casos, se regula la intervención de: cualquier tipo de transmisión, emisión, recepción de signos, símbolos, señales escritas, imágenes, correos electrónicos, sonidos o información de cualquier naturaleza por hilos, radioelectricidad, medios ópticos u otro sistema electromagnético, quedando comprendidas las realizadas por medio de telefonía, radiocomunicación, telegrafía, medios informáticos o telemáticos, o de naturaleza similar.

¹² El art. 5 regula de manera taxativa en que delitos únicamente se podrá hacer uso de la facultad de intervención: 1) Homicidio y su forma agravada. 2) Privación de libertad, Secuestro y Atentados contra la Libertad Agravados. 3) Pornografía, Utilización de personas menores de dieciocho años e incapaces o deficientes mentales en pornografía, y Posesión de pornografía. 4) Extorsión. 5) Concusión. 6) Negociaciones Ilícitas. 7) Cohecho Propio, Impropio y Activo. 8) Agrupaciones Ilícitas. 9) Comercio de Personas, Tráfico Ilegal de Personas, Trata de Personas y su forma agravada. 10) Organizaciones Internacionales delictivas. 11) Los delitos previstos en la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas. 12) Los delitos previstos en la Ley Especial contra Actos de Terrorismo. 13) Los delitos previstos en la Ley contra el Lavado de Dinero y de Activos. 14) Los delitos cometidos bajo la modalidad de crimen organizado en los términos establecidos en la ley de la materia. 15) Los delitos previstos en la presente Ley. 16) Los delitos conexos con cualquiera de los anteriores.



www.osi.es

En el caso de Honduras se agrega “así como la comunicación que se efectúe a través de cualquier medio o tipo de transmisión”.

En El Salvador, el fiscal general de la República será la única autoridad facultada para solicitar la intervención de las telecomunicaciones directamente o a través del director del Centro de Intervención, y en Honduras la solicitud puede ser realizada por el Ministerio Público, el procurador privado a través de este y por la Procuraduría General de la República, y la misma será autorizada por los órganos jurisdiccionales en materia penal, sean nacionales o seccionales, a diferencia de El Salvador, donde la autorización será dada por cualquiera de los jueces de instrucción con residencia en la capital del país.

En ambos países, las leyes coinciden en establecer como principios para la intervención de las comunicaciones:

- a. Jurisdiccionalidad,
- b. Proporcionalidad,
- c. Confidencialidad,
- d. Temporalidad.

En Honduras se agrega el principio de necesidad e idoneidad, mientras que en El Salvador se incluye la limitación subjetiva.

Por otro lado, en Nicaragua destaca la Ley de Protección de Datos Personales (Asamblea Nacional, 2012), que no encontramos en ninguno de los otros países, y que en Honduras actualmente solo es un anteproyecto; asimismo, también es importante destacar el recurso de *habeas data*. La Ley de Protección de Datos Personales de Nicaragua (Asamblea Nacional, 2012) tiene por objeto la protección de la persona natural o jurídica frente al tratamiento, automatizado o no, de sus datos personales en ficheros de datos públicos y privados, a efecto de garantizar el derecho a la privacidad personal y familiar y el derecho a la autodeterminación informativa (Asamblea Nacional, 2012, art. 1).

Aunado a esto, para garantizar el resguardo y protección de los datos personales, en el año 2013 se reforma la Ley de Amparo (Asamblea Nacional, 2013) en la que se adiciona el recurso de *habeas data* “como garantía de tutela de datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos, de naturaleza pública o privada, cuya

publicidad constituya una invasión a la privacidad personal y tenga relevancia con el tratamiento de datos sensibles de las personas en su ámbito íntimo y familiar” (Asamblea Nacional, 2013, art. 6).

El recurso de *habeas data* hace referencia al derecho legítimo del individuo a “la libre disposición de los datos personales” (Gozaíni, 2011, p. 67). Esto significa tener el control como individuo sobre el uso y manejo de los datos personales propios que han sido almacenados en distintos lugares; en otras palabras, el ejercicio de la libertad informativa consiste en tener la capacidad de controlar la información que nos concierne.

Adecuación de las normas centroamericanas a los estándares internacionales

Los más altos estándares de protección del derecho a la privacidad en relación con la vigilancia de las comunicaciones, reconocidos en la jurisprudencia y doctrina de los órganos de protección internacional de derechos humanos y los tribunales constitucionales alrededor del mundo, han sido recogidos para elaborar los “Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones”, en adelante los 13 Principios.¹³ Su objetivo es proporcionar a grupos de la sociedad civil, funcionarios públicos, jueces y órganos legislativos un marco para evaluar si las leyes o prácticas de vigilancia son compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos.

En cada uno de los países los estándares internacionales son respetados en diferentes grados, pero en ninguno de ellos puede afirmarse que sean incorporados en su totalidad.

En El Salvador existe un marco jurídico (constitucional, legislación secundaria, tratados suscritos, jurisprudencia) con importantes garantías, muchas de ellas en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos aplicables en contextos de vigilancia de las telecomunicaciones. A pesar de ello, hay una fragilidad institucional y una coyuntura político-social que permite que –amén de tener un marco jurídico que establece garantías– muchas de estas normas puedan ser perfectamente irrespetadas, burladas o desconocidas por quienes detentan poder público.

Por otra parte, la discusión sobre las nuevas tecnologías de la información y la comunicación es aún muy preliminar y no prioritaria en el país, haciendo que la novedosa propuesta de estándares internacionales prácticamente sea desconocida. Esto a raíz de que ni siquiera está abierto un debate en la opinión pública sobre vigilancia en las telecomunicaciones. A pesar de la aprobación y entrada en vigor de la Ley de Intervención a las Comunicaciones, el debate sobre el respeto de la legalidad y los derechos fundamentales en la aplicación de esta es francamente menor, existiendo muy poco control ciudadano de parte de los medios y de las organizaciones de defensa de derechos humanos en este aspecto.

A pesar de contar con importantes leyes a favor de la transparencia como la Ley de Acceso

¹³ Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones. Accesible en: <https://es.necessaryandproportionate.org/text>

a la Información Pública (LAIP), existe aún una cultura de secretismo y arbitrariedad arraigada en las instituciones y funcionarios públicos, lo cual permite que existan ciertas normativas de carácter secreto que significan una afrenta no solo a los principios internacionales de legalidad y transparencia, sino también a las garantías constitucionales en la formación de ley según la Constitución de la República.

Cualquier limitación que se haga al derecho a la privacidad de las comunicaciones únicamente puede realizarse por medio de una ley clara y precisa, conforme a las obligaciones internacionales suscritas por los cuatro Estados materia de esta investigación. Al analizar estas obligaciones, en el caso de Guatemala, notamos que la Ley Contra la Delincuencia Organizada no es clara ni precisa respecto al tipo de comunicaciones que se pueden interceptar, y la Ley de la Dirección General de Inteligencia Civil guatemalteca tampoco es clara ni precisa sobre las causales y formalidades legales que se deben cumplir.

En consonancia con lo anterior, las leyes que establezcan medidas de vigilancia deben perseguir objetivos legítimos en una sociedad democrática. Las leyes guatemaltecas que limitan el derecho a la privacidad de las comunicaciones deben utilizarse únicamente cuando sea estrictamente necesario y de manera proporcional con respecto al objetivo que se persigue. A pesar de esto, la Ley Contra la Delincuencia Organizada, la Ley de la Dirección General de Inteligencia Civil y el Código Procesal Penal no cumplen a cabalidad con los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, y por ello deben ser reformados.

Por otra parte, a las personas que se les está limitando su derecho a la privacidad se les debe respetar el debido proceso, lo cual incluye ser notificadas de ello. Para asegurar que el abuso de parte de las autoridades sea el mínimo, se debe contar con transparencia en las estadísticas de las limitaciones a este derecho y con verdaderos mecanismos independientes de supervisión.

En el caso de Honduras, la Ley Especial de Intervención a las Telecomunicaciones cuenta con normas restrictivas ambiguas y abiertas que permiten solicitudes de vigilancia en internet y en las telecomunicaciones por cualquier delito y, lo más grave, sin necesidad de un peso probatorio para valorar la necesidad y proporcionalidad de la intervención; incluso la ley prevé la intervención cuando se sospecha que la persona investigada ha participado en la comisión de un delito; además, sumamos la no independencia del órgano jurisdiccional que autoriza las vigilancias, por lo que con normas ambiguas y abiertas y sin controladores públicos independientes, existe un ancho margen para la discrecionalidad en la interpretación del vigilante. Esta misma ley incorpora algunos de los principios establecidos en los estándares internacionales relacionados con la privacidad en materia de actividades de vigilancia como por ejemplo la proporcionalidad, necesidad y el de autoridad jurisdiccional autorizante; sin embargo, pierden su contenido cuando otras normas los contradicen o no se cuenta con mecanismos de control y supervisión de la actividad de vigilancia, por lo que no hay cumplimiento de los estándares ya sea por una omisión o por incorporación inadecuada.

En Nicaragua, la adecuación de la normativa nacional respecto a los estándares internacionales en el contexto de la privacidad digital es un desafío. La falta de voluntad

política, de garantías judiciales, centralización del poder y la criminalización de la defensa de derechos humanos son características del actual gobierno de Nicaragua que constantemente son mencionadas por el sector civil del país. A pesar de haberse normado y legislado en materia de protección de datos personales durante el año 2012, la inexistencia de instituciones que den cumplimiento a los procedimientos que dicha norma manda a crear resulta un indicador de precariedad de acceso a la justicia en Nicaragua.

Bibliografía

- Asamblea Legislativa de Guatemala (1992). *Código Procesal Penal*, disponible en http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/GT/decreto_congresional_51-92_codigo_procesal_penal.pdf }
- Asamblea Legislativa de El Salvador (2009). *Código Procesal Penal*.
- Asamblea Legislativa de El Salvador (2010). *Ley Especial para la Intervención de las Comunicaciones*.
- Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala (1879). *Ley Constitutiva de la República de Guatemala*.
- Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala (1985). *Constitución Política de Guatemala*.
- Asamblea Nacional de Nicaragua (1987). *Constitución Política de Nicaragua*.
- Asamblea Nacional de Nicaragua (2012). *Ley de Protección de Datos Personales*, La Gaceta No. 61.
- Asamblea Nacional de Nicaragua (2013). *Ley de Amparo*, La Gaceta del 08 de abril 2013.
- Boj Saavedra, L. (2012). “Análisis sobre la ilegalidad en el funcionamiento del Sistema de Información en Red “INFORNET” y el respeto al derecho a la privacidad, seguridad y dignidad”, tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, disponible en http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_9993.pdf
- Díaz Sontay, J. (2011). “Análisis del derecho a la intimidad en el ordenamiento jurídico guatemalteco referido a empresas mercantiles que comercializan datos personales”, tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, disponible en http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_9520.pdf
- Foucault, M. (1977). *Discipline and Punish, Panopticism*, in *Discipline & Punish: The Birth of the Prison*, edited by Alan Sheridan, New York: Vintage Books, 1977, disponible en <http://foucault.info/doc/documents/disciplineandpunish/foucault-disciplineandpunish-panopticism-html>
- González Rivera, S. (2007). “La regulación del derecho a la intimidad en el derecho constitucional guatemalteco”, tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, disponible en http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6641.pdf
- Gozaíni, A. O. (2011). *Hábeas Data. Protección de los datos personales. Doctrina y Jurisprudencia*, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.
- Juárez del Cid, V. (2014). “El rol del Estado en la tutela del derecho fundamental de privacidad de los usuarios del servicio de Internet como producto de la tecnología moderna”, tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, disponible en <http://biblio3.url.edu.gt/Tesario/2014/07/01/Juarez-Vilma.pdf>

- Mazariegos de León, M. (2012). “El correo electrónico o SPAM y el derecho humano a la intimidad o privacidad; Visión desde el ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos”, tesis de Maestría, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, disponible en <http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2012/07/07/Mazariegos-Max.pdf>
- Portillo M, W. (2015). “El conflicto que existe entre la libertad de la información y la vida privada de las personas en la República de Guatemala”, tesis de Licenciatura, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, disponible en http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_9899.pdf
- Rotenberg, M., Knight, A. y Rodríguez, K. (2006). *Privacy and Human Rights: An International Survey of Privacy Laws and Developments, Defining Privacy*, EPIC, disponible en <https://eff.org/phr2006>