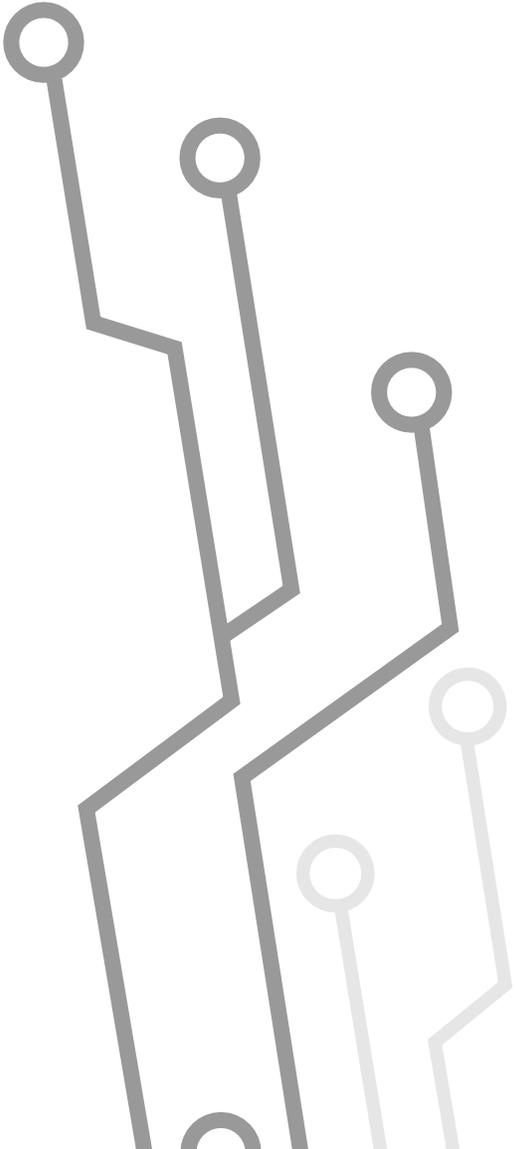




PRIVACIDAD DIGITAL EN PANAMÁ





*Autor y portada: Rafael Goldzweig
Diagramación: Ange Ricart
Edición y correcciones: Marisol Quintero
Coordinación: Lia Hernández
Mayo 2018.*

Este informe fue realizado por IPANDETEC, con el financiamiento de Google Inc. bajo el programa de Google Policy Fellowship para América Latina.

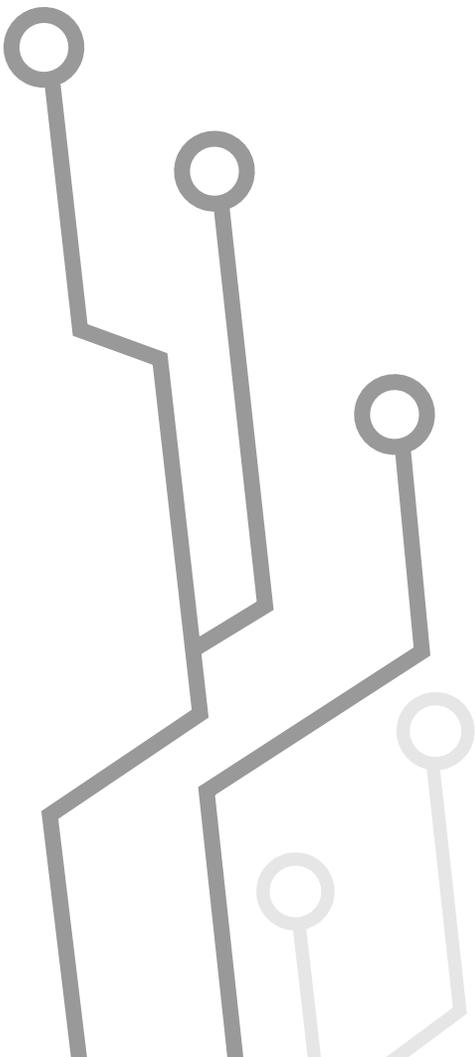


IPANDETEC es una organización fines de lucro, fundada en el año 2013 y cuya misión es promover el uso y regulación de las Tecnologías de la Información y Comunicación y la defensa de los derechos humanos en el entorno digital, a través del seguimiento análisis, incidencia, investigación, monitoreo legislativo en políticas públicas de Internet en Centroamérica. Entre sus principales áreas de trabajo se encuentran: Gobernanza de Internet, Privacidad, Ciberseguridad, Libertad de Expresión, Género, Datos t Gobierno Abierto, Conocimiento Libre y Propiedad Intelectual.



*Esta obra está disponible bajo licencia Esta obra está disponible bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 Internacional (CC BY 4.0):
Para ver una copia de esta licencia, visite: <https://creativecommons.org/licenses/byncsa/2.5/>*





CONTENIDO

<i>1. Resumen Ejecutivo.....</i>	<i>3</i>
<i>2. ¿A que nos referimos cuando tratamos del derecho a la privacidad en el entorno digital?.....</i>	<i>3</i>
<i>3. Estado de la discusión nacional:</i>	<i>5</i>
<i>4. El derecho a la privacidad en la legislación panameña.....</i>	<i>5</i>
<i>5. Amenazar al derecho a la privacidad.....</i>	<i>10</i>
<i>6. Adecuación de las normas panamenas a los estándares internacionales.....</i>	<i>12</i>
<i>7. Conclusiones.....</i>	<i>17</i>



RESUMEN EJECUTIVO

El estudio es un intento de organizar los marcos legales nacionales e internacionales que se aplican a Panamá en términos de privacidad, con referencia a sus implicaciones en el entorno digital.

El análisis del marco legal en Panamá busca complementar la visión sobre las leyes y herramientas que las personas afectadas por violaciones contra su privacidad pueden acceder para que obtengan reparación. Asimismo, busca aumentar la visibilidad de temas de protección a la privacidad y ofrecer caminos para que el marco legal nacional fortalezca las protecciones a los ciudadanos – principalmente considerando el aspecto digital.

1. ¿A que nos referimos cuando tratamos del derecho a la privacidad en el entorno digital?

La garantía a la privacidad digital conlleva la protección de todos los datos que compartimos en línea, sea por una llamada, sea por visitar sitios web o intercambiar mensajes de texto. Estos datos están almacenados en nuestros dispositivos electrónicos y es el resultado de nuestro uso de cuentas de correo electrónico, mensajería instantánea y redes sociales.

Una vez obtenida, esta información puede ser utilizada con un sinnúmero de intenciones, y resulta importante identificar las situaciones que la violación de la privacidad puede ser ejercida para criminalizar y/o vigilar a defensores y defensoras de derechos humanos. De esta manera, el estudio se concentra en el análisis del papel del Estado como posible violador de derechos humanos, así como las garantías que existen para acceder a la justicia en estos casos.

El presente estudio comienza con una introducción sobre la cuestión de la privacidad digital en Panamá, en la que se presentan los antecedentes existentes sobre el tema en el país. Discutimos los estándares internacionales en materia de derechos humanos frente a la vigilancia estatal de las comunicaciones aplicables a Panamá. Posteriormente, analizamos el marco legal nacional – con las salvaguardas constitucionales y en otras leyes - vinculado a los temas de anonimato y el cifrado, y su relación con la privacidad y la libertad de expresión. Por fin, el marco nacional y la jurisprudencia de la corte de justicia son comparados con los estándares internacionales en materia de privacidad - particularmente a los Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones. A efectos de este resumen, presentaremos los

principales resultados obtenidos de la investigación.

2. Estado de la discusión nacional.

El debate sobre derechos relacionados a la privacidad ha tenido una creciente importancia en Panamá principalmente tras los casos de espionaje por los cuales el ex presidente Ricardo Martinelli es investigado y se encuentra encarcelado. Martinelli es acusado de dirigir una operación secreta de seguridad nacional, desde el uso de las estructuras del Estado, para vigilar a competidores de negocios, diputados de oposición, periodistas y activistas sindicales para obtener información embarazosa y comprometedor sobre ellos. Se atribuye a Martinelli los delitos de inviolabilidad del secreto y del derecho a la intimidad al utilizar “Pegasus”, un sistema de escuchas y espionaje telefónico, para interceptar comunicaciones y practicar vigilancia sin autorización judicial.

En este sentido, el caso trae cuestiones que deben ser tratadas desde un punto de vista jurídico cuando hablamos de privacidad en el contexto de la sociedad de la información y el desarrollo de las nuevas tecnologías. Se hace necesario considerar la relación y conexión entre los derechos garantizados por la constitución, las leyes y los demás acuerdos que crean el marco legal internacional, para tener en cuenta el entendimiento del derecho a la privacidad. El caso destacado demuestra que muchas veces el derecho a la información entra en conflicto con el derecho a la intimidad. Se utiliza muchas veces la seguridad, la lucha contra el terrorismo y la persecución del delito y el fraude como argumentos para cometer violación a la privacidad.

De esta manera, ¿dónde se encuentra el punto de equilibrio entre los derechos y garantías en términos de privacidad en Panamá?

3. El derecho a la privacidad en la legislación panameña.

De manera directa o indirecta, el derecho a la privacidad esta regulado en la Constitución Nacional, tratados internacionales suscritos, códigos, leyes, decretos y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Panamá. En la legislación, el concepto de privacidad está vinculado al concepto de intimidad, ya que tratan del espacio personal y la autonomía del ser humano, en donde se hace necesario regular cualquier caso en los cuales se puede o no realizar una intromisión a este espacio. En este contexto, haremos referencia a derechos que se refieren a la vida privada y de la familia, la inviolabilidad del domicilio, correspondencia y comunicaciones de todo tipo, el derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y protección de datos personales.



a. Tratados Internacionales

De acuerdo con la Defensoría del Pueblo, Panamá es signatario y ha convertido en leyes más de 40 instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, y muchos de ellos se relacionan de alguna manera con el derecho a la privacidad. En este contexto, la normativa internacional incorporadas por el Estado Panameño garantiza la contexto, la normativa internacional incorporadas por el Estado Panameño garantiza la protección de la persona en riesgo de investigación, discriminación o violación de su correspondencia y domicilio¹, su derecho a la libertad de expresión², asociación³ y participación política - conceptos directa o indirectamente conectados al derecho a la privacidad. Sin embargo, no hay ningún instrumento internacional relacionado directamente al derecho a la privacidad en el contexto digital. En términos jurisprudenciales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las conversaciones telefónicas⁴ y todo el proceso de comunicación⁵ se encuentran protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b. Constitución, Leyes, Reglamentos y Jurisprudencia

Los conceptos relacionados al derecho a la intimidad y privacidad en Panamá en la actual Constitución de 1972, reformada en 1978, están garantizados en los artículos 17 y 26, que tratan de la protección de la vida, honra y bienes a los nacionales y a los extranjeros que estén bajo la jurisdicción panameña y de la inviolabilidad del domicilio o residencia, respectivamente. Asimismo, el Código Procesal Penal panameño refuerza esta garantía en su artículo 13, de igual manera que hace el Código de la Familia en sus artículos 575, 576 y 578.

1 Garantizado por el artículo IX y X de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948).

2 Garantizado por el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), artículo 5(vii) y (viii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (aprobada por la República de Panamá, mediante Ley No. 49 de 2 de febrero de 1967), artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por la República de Panamá mediante Ley No. 15 de 28 de octubre de 1976), artículo II.c de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (aprobada por la República de Panamá, mediante Ley No. 8 de 26 de octubre de 1976), artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la República de Panamá, mediante Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977).

3 Garantizado por el artículo 5.ix de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (aprobada por la República de Panamá, mediante Ley No. 49 de 2 de febrero de 1967), artículo II.c de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (aprobada por la República de Panamá, mediante Ley No. 8 de 26 de octubre de 1976).

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tristán Donoso vs. Panamá. (Costa Rica, CorteIDH, 2009), párrafos 55 y 56, <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/expedientes/sap6.pdf> (consultado: 12 de julio de 2017)

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Escher y otros vs. Brasil. (Costa Rica, CorteIDH, 2009), párrafo 114, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf (consultado 12 de julio de 2017)

El derecho a la **inviolabilidad de la correspondencia y domicilio** fue modificado por la última vez en 2004. El actual artículo 29 de la Constitución denomina que “la correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales (...)”. En este aspecto, es importante considerar los dos conceptos - la inviolabilidad de la propiedad privada y la intromisión en las comunicaciones personales - como una violación a la intimidad y privacidad del individuo. Con la aprobación de la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996 (Ley de Telecomunicaciones), se declaró judicialmente que el derecho a la inviolabilidad se extiende también a las telecomunicaciones⁶. El artículo ha sido materia de una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, que en la sentencia de 14 de junio de 2000⁷ declaró que no era inconstitucional dicha norma, basándose en artículos de la propia Constitución y normativas del derecho internacional.⁸

Con relación a la privacidad de las comunicaciones, el Código Penal sanciona multas y prisión, en sus artículos 164, 165 y 166, a quien se apodere indebidamente del contenido de mensajes (físicos o virtuales), sustraiga, destruya o extravíe, intercepte sin autorización comunicaciones o haga público el contenido de un mensaje privado. El Código penaliza aún, en sus artículos 167 y 168, a cualquier persona que utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de conversaciones privadas sin autorización, además de prohibir el seguimiento y persecución contra cualquier persona, proporcionando una defensa frente a la vigilancia de las comunicaciones y la violación de la intimidad.

6 Artículo 6: Las telecomunicaciones son inviolables. No podrán ser interceptadas ni su contenido divulgado, salvo en los casos, en la forma y por las personas que autorice la Ley.

7 Disponible en: <http://redibdpd.ijusticia.org/components.php?name=Articulos&artid=84&idioma=spanish> (Consultado 9 de agosto de 2017).

8 Art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por la Ley 15 de 28, X, 1977, según el cual “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia”.



Además, la Ley 31 de 8 de febrero de 1996⁹ (Ley Nacional de Telecomunicaciones) refuerza, en su artículo 6, la garantía constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones. En la ley que dicta normas para la conservación, protección y suministro de datos de usuarios de servicios de telecomunicaciones¹⁰ de 2009, se infiere que las empresas de telecomunicaciones están obligadas a colaborar en la interceptación de comunicaciones en casos específicos y justificados. Por esta regulación, las empresas de servicios de telecomunicación están obligadas a guardar informaciones relacionadas a llamadas (fecha, hora, duración, origen, destino), datos del usuario y tipo de comunicación, debiendo fornecer estos datos a las autoridades siempre y cuando haya una autorización judicial. Además, los responsables de las empresas de comunicaciones, públicas o privadas, están obligados a contribuir con las investigaciones judiciales, permitiendo la interceptación telefónica, facilitando la información de los usuarios, registros de llamadas entrantes y salientes, localización de antenas o cualquier otra que emane de la comunicación, sin obstaculizar o impedir la ejecución de la medida ordenada por el juez.

Panamá cuenta con la figura jurídica del hábeas data establecido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley N° 6 de 22 de enero de 2002). Dicha ley se ha establecido como una iniciativa pública en la lucha contra la corrupción, al mismo tiempo que buscó mejorar la rendición de cuentas del gobierno a los ciudadanos; reconociendo que la información del poder público es de carácter público, la ley garantiza que ella sea de libre acceso a los ciudadanos, siempre y cuando cumplan con las condiciones establecidas por la Ley. Posteriormente con la reforma constitucional de 15 de noviembre de 2004 este derecho se elevó a rango constitucional, traducidos en los artículos 42, 43 y 44 del texto de la Constitución Política de Panamá.

9 Ley por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República Panamá.

Disponibile en: [http://www.palermo.edu/cele/pdf/Regulaciones/PanamaLeyTelecomunicaciones\(1996\).pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/Regulaciones/PanamaLeyTelecomunicaciones(1996).pdf)

10 Disponible en: <http://docs.panama.justia.com/federales/leyes/51-de-2009-sep-23-2009.pdf>

Por fin, el libre ejercicio de la privacidad en un contexto de defensa de derechos humanos depende de una protección jurídica que conlleve el respeto a la libertad de expresión y de asociación, la libertad y seguridad personal y la integridad psicológica. Estos derechos, de una manera u otra, están protegidos por la Constitución Panameña en sus artículos 37 y 38, por los cuales se garantizan a la persona “emitir libremente su pensamiento (...) sin sujeción a censura previa” y el “derecho a reunirse pacíficamente y sin armas para fines lícitos”, respectivamente.

Considerando que la participación activa de defensores y defensoras de derechos humanos depende de la garantía de la libertad de expresión y de reunión y asociación, es importante destacar en qué aspectos estos derechos pueden ser limitados. En este sentido, la libertad de expresión es limitada a los derechos de inviolabilidad de la intimidad y privacidad de las personas. Además, esta libertad no puede tampoco atentar contra la seguridad social o el orden público.

En términos de garantías a la libertad de expresión, el Código Penal sanciona con prisión a quien impida ilegalmente reuniones pacíficas (art. 169) y a quien impida la publicación de libros o la libre circulación o emisión de prensa, escrita o hablada (art. 171). Sin embargo, la legislación determina los límites al ejercicio absoluto del derecho a la libertad de expresión. Introducido en 2010, el artículo 170 del Código Penal contiene limitaciones al derecho de libertad de reunión y asociación, y penaliza con prisión a quien, mediante el uso de violencia, impida u obstaculice el libre tránsito de vehículos por las vías públicas del país y cause daños a la propiedad pública o privada.

De hecho, el gozo de este derecho en Panamá ha sido tema de críticas por el Examen Periódico Universal de la ONU. En los últimos años, aunque se hayan excluido de la legislación por acciones de inconstitucionalidad algunas restricciones a los derechos de reunión y manifestación - que resultaron en el encarcelamiento de dirigentes sindicales -, la policía utilizó a menudo la fuerza desproporcionada para dispersar a manifestantes en los casos en que las carreteras o calles fueron bloqueadas. De esta manera, aunque la legislación garantice este derecho, no se puede decir que ellos sean respetados en su totalidad.

Aunque estos derechos – intimidad y privacidad, inviolabilidad de la correspondencia y domicilio, habeas data y libertad de expresión y de asociación - sean apoyados por un sinnúmero de reglamentos nacionales e internacionales, no existe en Panamá una traducción de muchos de estos derechos constitucionales al entorno digital. La protección de estos derechos en la era digital es importante en un contexto de protección de derechos humanos, ya que que en muchos casos el trabajo de activistas solo se hace cuando se garantiza que las comunicaciones y la asociación permanezcan libres de vigilancia gubernamental. Sin embargo, podemos asegurar que la legislación panameña no permite cualquier actividad de vigilancia.



4. Amenazar al derecho a la privacidad.

En cuanto a los procesos de espionaje e interceptación de comunicaciones fuera de procesos judiciales destacados anteriormente, la vigilancia puede también ser hecha por agencias de inteligencia¹¹. En 2010 se derogó la Ley de 20 de agosto de 2008¹² con el objetivo de crear el Consejo de Seguridad Pública y Defensa Nacional, órgano integrado por el Ministro de Gobierno y Justicia, el Canciller, el Ministro de Economía y Finanzas y el Presidente de la República. El Decreto Ejecutivo 263 del 19 de marzo de 2010¹³ sustituye este Consejo dos años más tarde, creando el Consejo de Nacional de Seguridad (CNS), un organismo consultivo y asesor del Presidente en materia de seguridad pública y defensa. Este Consejo cuenta con una Secretaría, cuyos miembros son de libre nombramiento y remoción por el Presidente.

11 Derechos Digitales (2016). Hacking Team Malware para la vigilancia en América Latina. pp. 48-52.

Disponibile en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/malware-para-la-vigilancia.pdf> (Consultado 29 de agosto de 2017).

12 Disponible en: <https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/26109/12800.pdf>

13 Disponible en: https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/26493_A/GacetaNo_26493a_20100319.pdf

En términos de garantías y deberes, el artículo 13.5 del decreto de creación prohíbe explícitamente “la realización de actividades que involucren espionaje político”. El artículo 15 atribuye como funciones del CNS “realizar las tareas de inteligencia que contribuyan a preservar la integridad, estabilidad y permanencia de la República de Panamá” e “investigar, preparar y recabar la información necesaria para alertar y prevenir los riesgos y amenazas a la seguridad nacional”. Esta definición no incluye la interceptación de comunicaciones de manera explícita. Aunque la Constitución y el Código Penal y Procesal Penal la establezcan, el Decreto que regula a este organismo no menciona el requisito de orden judicial previa para realizar actividades de interceptación de las comunicaciones y espionaje. De esta manera, la falta de definiciones más estrictas de responsabilidades y deberes deja en abierto los límites de este Consejo.

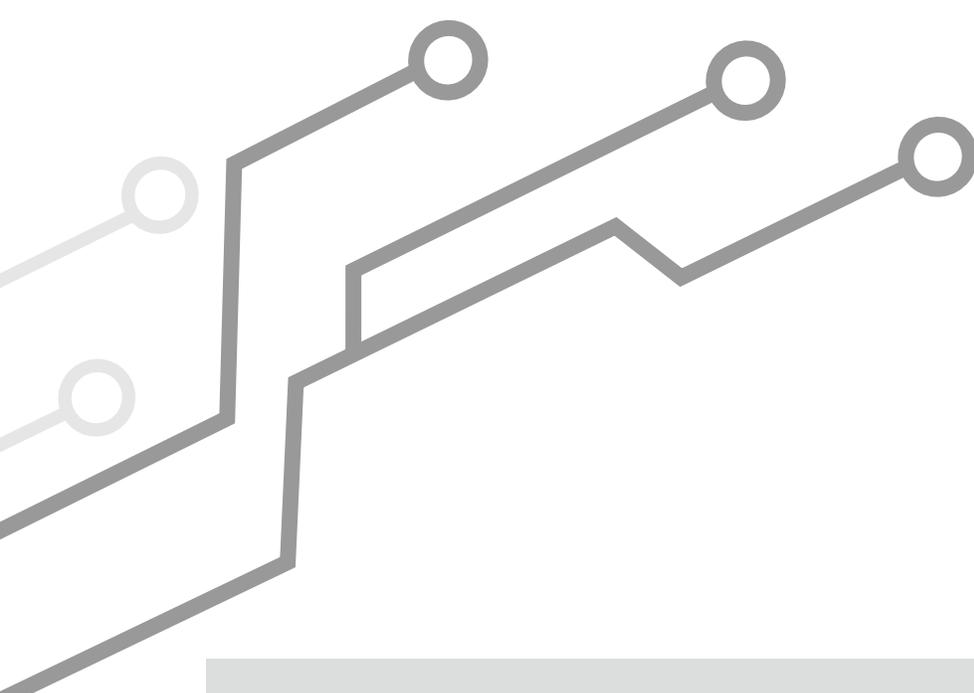
El CNS está involucrado en el escándalo de espionaje y vigilancia que ocurrió durante el gobierno de Ricardo Martinelli¹⁴. En 2015, su actual secretario ejecutivo Rolando López Pérez interpuso una querrela criminal por la comisión de delitos contra la administración pública y la seguridad colectiva al Ministerio Público, solicitando la detención del exjefe del CNS, Julio Moltó. La acusación estaba basada en la investigación por la compra del sistema de espionaje Pegasus durante el gobierno del ex presidente Martinelli. En este sentido, este caso demostró un claro uso de la máquina pública para actividades ilegales de espionaje - que demandan una mayor apertura y control de órganos del Ejecutivo por el Judiciario en términos de defensa de derechos fundamentales relacionados a la privacidad.

El artículo 6 del decreto que crea el CNS clasifica como “información de acceso restringido” las actividades de la Secretaría y el Consejo. El artículo 7 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública determina que informaciones de interés de seguridad nacional del Estado son prohibidas de acceso público. De esta manera, considerando que dicho Consejo ha estado involucrado en actividades de vigilancia ilegales en el pasado, podemos considerar que la Ley de Transparencia hace que sea difícil tener un control y fiscalización de las actividades de órganos como este. Sería importante pensar en alternativas que garanticen que actividades de vigilancia no sean protegidas por clasificaciones de información de acceso restringido.

14 La Prensa (06. 08. 15). “Querrela criminal por Pegasus”. Disponible en: http://impresa.prensa.com/panorama/Consejo-Seguridad-detencion-Julio-Molto_0_4271572919.html (Consultado 29 Agosto, 2017).

Este estudio analiza los distintos aspectos por los cuales la supervisión pública puede ser o ha sido realizada. Sin embargo, la violación de comunicaciones que fue realizada sin autorización en el escándalo de pinchazos telefónicos de la administración de Martinelli trae cuestiones sobre los límites jurídicos de su práctica. Realizadas bajo la protección que clasifica las acciones del Consejo de Nacional de Seguridad como información de carácter confidencial y acceso restringido, las acciones del CNS siguen sin la transparencia necesaria para comprobar que el artículo 13.5 del decreto de su creación (que prohíbe la realización de actividades que involucren espionaje político) se están cumpliendo. Durante la administración del presidente Juan Carlos Varela, se creó el Grupo Interinstitucional Anticorrupción mediante el Decreto Ejecutivo 209 , que tiene entre sus funciones “realizar las tareas de inteligencia, planeamientos, búsqueda, procesamiento y divulgación de la información para prevenir las amenazas relacionadas a indicadores de corrupción y delincuencia organizada”, que abre espacio para actividades de espionaje desde un punto de vista del Estado, con justificaciones basadas en la lucha contra la corrupción y sin mecanismos de rendición de cuentas a la sociedad.

De esta manera, a pesar de los existentes límites a la violación de la privacidad por el Estado, bajo control del judiciary, acciones desde el Ejecutivo han comprobado la capacidad de supervisión pública de las comunicaciones en Panamá.



5. Adecuación de las normas panameñas a los estándares internacionales

Con la evolución de las tecnologías de la información y comunicación, encriptación y vigilancia, la defensa de los derechos fundamentales se transformó en una tarea más compleja que antes. En este sentido, esta sección tendrá como base los 13 principios internacionales sobre la aplicación de los derechos humanos a la vigilancia de las comunicaciones, escritos colaborativamente por organizaciones de privacidad y activistas de todo el mundo. Estos principios sirven como una importante referencia para evaluar si la legislación panameña es acorde con los principios básicos de defensa de los derechos humanos en el contexto de la vigilancia de las comunicaciones.

1. En términos de **legalidad**, la ley panameña contiene en su legislación penal las condiciones en las cuales la interferencia de las comunicaciones puede ser hecha. Podemos decir que hay leyes que son públicas y cumplen con un estándar de claridad y precisión suficiente para prever el alcance de las medidas de vigilancia de comunicaciones.

Sin embargo, en lo que toca a las acciones del Consejo Nacional de Seguridad, el artículo 9 del Decreto N°. 263 que lo crea, establece como sus competencias la ejecución de políticas y estrategias en materia de seguridad y defensa nacional. A pesar de definir que el Consejo debe actuar bajo lo dispuesto en la Constitución y las leyes, además de prohibir explícitamente el espionaje político, las leyes relacionadas a sus funciones no cuentan con una definición jurídica clara que limite sus acciones. Además, sus acciones están protegidas bajo la clasificación de informaciones de acceso restringido. En este contexto, se sugiere añadir los procedimientos que el CNS debe cumplir en los casos de espionaje, además de establecer un control jurídico para sus acciones.

2. Las leyes que regulan la vigilancia de las comunicaciones deben ser **específicas** para alcanzar un objetivo legítimo que corresponda a un interés jurídico preponderante e importante, que sea necesario en una sociedad democrática. Estas medidas no deben ser discriminatorias a cualquier grupo de la sociedad. En Panamá, el Código Penal establece que las comunicaciones pueden ser interceptadas siempre y cuando tengan fines específicos y que estén de acuerdo con las formalidades legales. Estos fines y formalidades están descritos en el Código Procesal Penal, que define que la intervención de las comunicaciones tendrá carácter excepcional. En este sentido, la autorización judicial que permita la vigilancia de las comunicaciones debe contener la finalidad, los motivos y las pruebas que fundan la necesidad de intervención.

3. El principio de **necesidad** conlleva que las leyes, reglamentos, actividades y poderes de vigilancia deben limitarse a lo estrictamente necesario para alcanzar un objetivo legítimo. El Estado es responsable por justificar que la violación es necesaria para alcanzar un objetivo legítimo y que es el medio menos propenso a vulnerar los derechos humanos, entre las opciones existentes. La **idoneidad** garantiza que la vigilancia debe ser apropiada para cumplir el objetivo legítimo específico identificado.

En términos de **proporcionalidad**, las medidas de vigilancia solo deben autorizarse por una autoridad judicial independiente cuando exista un alto grado de probabilidad de que un delito grave o una amenaza específica, actual y comprobable a la seguridad nacional pueda materializarse.

En este contexto, el control previo del juez de garantías definido por el Código Penal garantiza el principio de necesidad y aparece como una condición indispensable para la obtención de las pruebas, validadas por el juez sobre la base de la justificación bajo conceptos de **necesidad y proporcionalidad**. El control control previo es un instrumento diseñado para proteger los derechos de jerarquía superior, como la inviolabilidad de domicilio, la dignidad humana, intimidad, vida, secreto de las comunicaciones, etc.

4. El principio de la **autoridad judicial** competente conlleva que las medidas de vigilancia de comunicaciones deben ser autorizadas de manera previa, o inmediata con efecto retroactivo en casos de emergencia, por una autoridad judicial competente, independiente e imparcial. En el caso de Panamá, la Corte Suprema de Justicia ha clarificado en el año 2013 que el Ministerio Público no puede autorizar escuchas telefónicas por no ser un órgano judicial. De esta manera, se limitó esta función a jueces y autoridades judiciales competentes. Esto representó un avance en el ordenamiento jurídico del país, que ha definido las competencias a manera de disminuir los posibles abusos de la autoridad sobre la privacidad de los individuos

Sin embargo, estas responsabilidades no están definidas con claridad en el reglamento del CNS, que aunque defina que sus acciones deben respetar las leyes que prohíba explícitamente la violación de derechos y garantías fundamentales del individuo, no definen el procedimiento a ser llevado a cabo en casos de violación de comunicaciones - que pueden ser llevadas a cabo bajo sus actividades de investigación. Se recomienda que los Órganos Judiciales publiquen informaciones acerca de las autorizaciones de violación de comunicaciones para que cumplan con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

5. Las decisiones de autorización de medidas de vigilancia de comunicaciones deben garantizar el **debido proceso**. En Panamá, la garantía del debido proceso está definida en el artículo 3 del Código Procesal Penal, que define los principios del proceso judicial. De esta manera, se puede decir que se protege el derecho a un

proceso donde las personas puedan defender efectivamente sus derechos, siendo tratados por un tribunal competente, predeterminado por la Ley, independiente e imparcial. Más allá de esta garantía, el artículo 181 del mismo Código permite el recurso de casación contra las sentencias dictadas por el Tribunal de Juicio cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se infrinjan derechos o garantías previstos en la Constitución o las garantías del debido proceso.

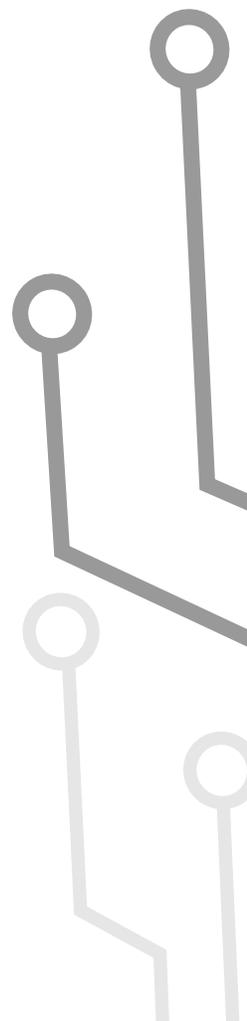
6. Las personas afectadas por medidas de vigilancia de comunicaciones deben ser **notificadas** y tener acceso a los materiales que pretendan ser o hayan sido obtenidos. El retraso en la notificación solo se justifica cuando la misma ponga en riesgo la consecución del objeto legítimo o exista un riesgo inminente de peligro a la vida humana. La obligación de notificar recae en el Estado, pero los proveedores de servicios de comunicaciones deben tener la libertad de notificar a las personas de la vigilancia de las comunicaciones, de forma voluntaria o bajo petición.

En Panamá, el artículo 157 del Código Procesal Penal establece los efectos de la notificación, estableciendo que ninguna resolución judicial puede comenzar a surtir efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes. Se exceptúan las resoluciones que, por disposición especial de la Ley, deban cumplirse de inmediato, sin audiencia de las partes, las cuales serán notificadas después de cumplidas. Sin embargo, no se especifican los casos que tratan de inmediata vigilancia de las comunicaciones.

La norma panameña debería incluir una disposición que obligue al Estado a notificar al usuario que haya sido vigilado cuando no se presente una acusación formal contra este. Se sugiere reformar la ley penal para obligar a que las personas sean notificadas al menos después de haber sido vigiladas.

7. El Estado debe velar por la **transparencia** y publicar de manera periódica información estadística sobre las medidas de vigilancia que son llevadas a cabo. Como mínimo, debe publicar el número de solicitudes aprobadas y rechazadas, un desglose de las solicitudes por proveedor de servicios, por autoridad, tipo y propósito, y el número de personas afectadas. En Panamá, la ley que versa sobre la transparencia gubernamental y acceso a la información pública garantiza que todos los actos de la administración sean públicos. Sin embargo, no existe ninguna normativa que obligue el Estado a tener disponible este tipo de información.

Se sugiere añadir una normativa que obligue a las entidades jurídicas responsables de autorizar la vigilancia de las comunicaciones a compartir informaciones sobre el número de solicitudes. El Estado debe publicar estadísticas sobre casos de interceptación, donde se sugiere incluir: (i) Número total de solicitudes realizadas por las autoridades judiciales; (ii) Número para cada tipo de interceptación, y (iii) Número de usuarios y cuentas vigiladas.



8. El principio de **supervisión pública** conlleva que deben establecerse mecanismos independientes de supervisión para garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de la vigilancia de las comunicaciones por parte del Estado. Dichos mecanismos de supervisión independiente deben tener la autoridad para acceder a toda la información potencialmente relevante para evaluar el uso legítimo de medidas de vigilancia de comunicaciones.

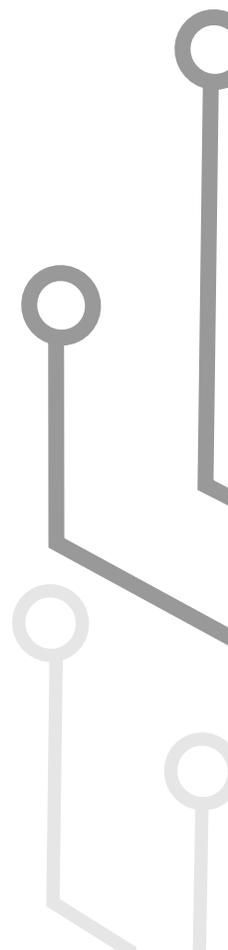
A pesar de existir controles por el Juez de Garantías en los casos de intervención de las comunicaciones, no existe ningún órgano con facultades de supervisar las acciones del Consejo Nacional de Seguridad. Con esto podemos decir que no existe una institucionalidad independiente ni tampoco los órganos generales de supervisión que limiten las acciones del CNS, por lo cual se recomienda crear instancias de control a las acciones de este Consejo.

9. La **Integridad de las comunicaciones y sistemas** conlleva que no se debe obligar a proveedores de servicios o desarrolladores de hardware o software a desarrollar capacidades de vigilancia que comprometan la seguridad de las comunicaciones y los dispositivos. No debe exigirse la retención indiscriminada y masiva de datos de las personas que usan dichos servicios ni debe comprometerse el derecho a la expresión anónima a través del establecimiento de obligaciones de identificación o prohibiciones respecto del uso de herramientas de cifrado y otras para proteger la identidad y la seguridad de las personas, sus comunicaciones y sus dispositivos.

El principio de integridad de las comunicaciones y sistemas no se cumple en la legislación panameña, pues la Ley de conservación, protección y el suministro de datos de usuarios de servicios de telecomunicaciones establece que las empresas proveedoras de servicios de comunicación deben almacenar datos de identificación de llamadas de los usuarios para su identificación hasta seis meses después de su recolección. Aunque defina que la empresa deba garantizar la integridad y protección de los datos, ellas están obligadas a proporcionar al órgano jurisdiccional competente acceso a estas informaciones.

En este sentido, sería importante aprobar el Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales que actualmente se encuentra en trámite legislativo en la Asamblea Nacional de Diputados para garantizar que se tenga un control aún más grande sobre el uso que se hace de estos datos por parte de las empresas.

10. La vigilancia ilegal de comunicaciones debe ser castigada mediante sanciones civiles y penales suficientes y adecuadas. Los whistleblowers (soplones o denunciantes) de interés público deben ser protegidos por la Ley de cualquier repercusión legal por el incumplimiento de su deber de secrecía. En la legislación penal de Panamá, el acceso no autorizado a las comunicaciones invalida toda y cualquier prueba que sea adquirida ilegalmente. Además, el Código Procesal Penal establece en su artículo 112 y 113 que entes privados pueden denunciar al Estado por delitos contra la inviolabilidad del secreto y del domicilio.



Sin embargo, no existe una regulación que proteja a los whistleblowers y que defina lo que pasa con el material obtenido a través de la vigilancia de las comunicaciones después de que haya sido utilizado para cierta finalidad. Se sugiere incluir una legislación que proteja a los whistleblowers y hacer una adición a las distintas leyes que regulan la interceptación de las comunicaciones, para que la información sea destruida luego de utilizada para su fin.

6. Conclusiones

A pesar de los casos de violación a la privacidad a nivel nacional a activistas, periodistas y miembros de la oposición en el gobierno del ex presidente Ricardo Martinelli, el tema de la privacidad no ha ganado espacio en los medios y la agenda legislativa del país con el objetivo de lograr avances en la protección de estos derechos en Panamá. Igualmente existe una incipiente producción académica sobre el tema, no existe una suficiente atención por parte de activistas, periodistas y defensores de los derechos humanos mas que el derecho a la privacidad - especialmente en el entorno digital - que sea importante para garantizar el trabajo de estos grupos, en los distintos temas en los cuales se dedican. En efecto, no existe en la sociedad panameña muchas organizaciones con relevancia en la defensa del derecho a la privacidad en general, o en la privacidad digital en específico.

De esta manera, un primer paso hacia el fortalecimiento de la protección de estos derechos sería el fortalecimiento y la capacitación de la sociedad civil sobre la importancia de este tema en la defensa de derechos humanos en todos los aspectos - derechos de las minorías étnicas y sexuales, derechos culturales, sociales, económicos, entre otros.

A pesar de la carencia de leyes más específicas que traten de los derechos en el entorno digital, este estudio demuestra que Panamá cuenta con una sólida protección a los derechos fundamentales referentes a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones, sea en la Constitución, en las leyes de sectores específicos o tratados internacionales firmados por el país. En este contexto, cualquier persona que considere que su derecho está siendo vulnerado tiene la posibilidad de presentar una denuncia ante la justicia, con el derecho de interponer un amparo (en los casos que sean convenientes) o presentar acciones de inconstitucionalidad.

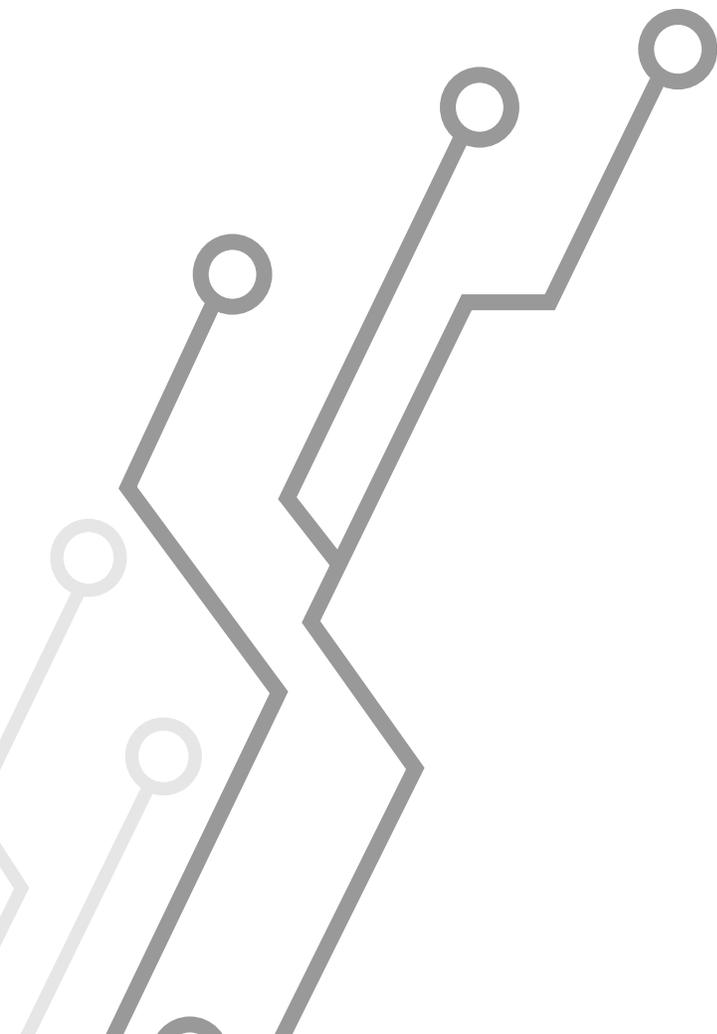
Sin embargo, a pesar de las protecciones existentes, constatamos que aún hay muchos aspectos legales que tienen que avanzar para que Panamá cuente con una estructura jurídica que proteja a los ciudadanos y su privacidad. El impulso de las pocas legislaciones existentes sobre temas digitales es dado por la dinámica del mercado - como la Ley de firma electrónica, de historial de crédito o relacionadas a las telecomunicaciones -, mientras que leyes relacionadas a la protección de

datos personales, por ejemplo, se queda en un plano secundario. Por otro lado, algunos aspectos de las leyes penales del país tienen que ser acompañadas para garantizar que no se amenacen el derecho a la privacidad de los ciudadanos.

Se constataron cambios positivos en los últimos años, como la derogación de las leyes de desacato en 2005, pero hay que seguir acompañando las posibles amenazas a derechos fundamentales.

Si bien el marco legal panameño brinda una protección relativamente alta, el principal riesgo está en las acciones del Consejo Nacional de Seguridad, desde una perspectiva de Estado. Además, otras acciones inconstitucionales de entidades estatales o privadas siguen siendo un riesgo para defensores de los derechos humanos.

La privacidad es un derecho fundamental que refuerza otros derechos, como el de la libertad de expresión e información, libertad de asociación otros derechos fundamentales relacionados. En este contexto, además de presionar por una mayor rendición de cuentas, es esencial concienciar a la sociedad civil sobre la importancia de la privacidad digital, para que grupos de activistas, defensores de derechos humanos y comunicadores sean más activos y organizados, de manera que actúen como un control social en los casos de violación de sus comunicaciones.



REFERENCIAS

Estudios

Fundación Acceso, “¿Privacidad digital para defensores y defensoras de derechos: 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”, Peri, Luciana (coord.), 1a. ed., San José, C.R. Fundación Acceso, 2015.

CEPAL, “Estado de la banda ancha en América Latina y el Caribe 2016”, Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40528/6/S1601049_es.pdf

Examen Periódico Universal de la ONU, Panamá (2010 y 2015).

Derechos Digitales (2016). Hacking Team Malware para la vigilancia en América Latina. Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/malware-para-la-vigilancia.pdf> (Consultado 29 de agosto de 2017).

Legislación Nacional

Panamá, “Constitución Política de la República de Panamá (con reformas de noviembre de 2004)”, 2004

Panamá, “Código procesal Penal”, Asamblea Legislativa, 2008.

Panamá, “Código Penal”, Asamblea Legislativa, 2007

Panamá, “Ley de Telecomunicaciones”, Asamblea Legislativa, 1996.

Panamá, “Ley de Transparencia y Acceso Información Pública”, Asamblea Legislativa, 2001.

Panamá, “Ley de Información sobre el Historial de Crédito”, Asamblea Legislativa, 2002.

Panamá, “Ley General sobre las Infecciones de Transmisión Sexual, el Virus de la Inmunodeficiencia Humana y el Sida”, Asamblea Legislativa, 2000.

Panamá, “Ley de Conservación, Protección y Suministro de Datos de Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones”, Asamblea Legislativa, 2009.

Panamá, “Ley de Comercio Electrónico”, Asamblea Legislativa, 2001.

Panamá, “Ley que Prohíbe Sanciones por Desacato”, Asamblea Legislativa, 2005.

Panamá, “Ley de Creación del Consejo de Seguridad Pública y Defensa Nacional”, Asamblea Legislativa, 2008.

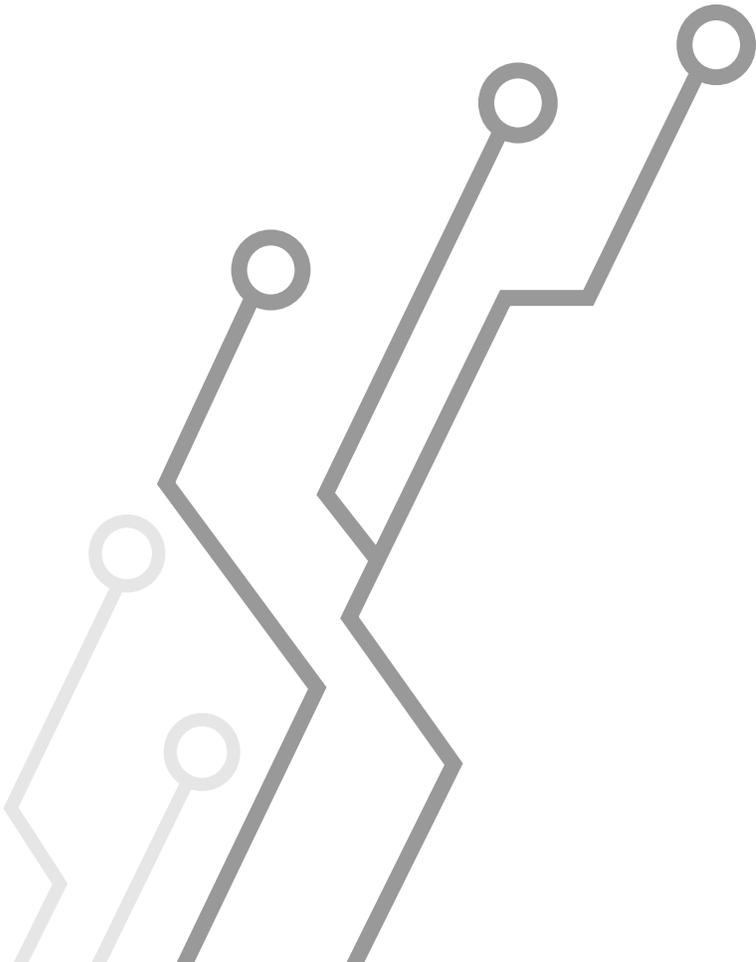
Panamá, Decreto Ejecutivo que crea el Consejo de Seguridad Nacional (CSN), 2010.

Panamá, “Acuerdo N°. 007-2006 de la Superintendencia de Bancos de Panamá”, 2006.

Jurisprudencia

Sentencia de 14/6/2000 de la Corte Suprema de Justicia de Panamá

Sentencia 70-G de 11/05/2010, Corte Suprema de Justicia de Panamá





IPANDETEC
INSTITUTO PANAMEÑO DE DERECHO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

