

LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES EN EL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

Autor: José María Molina

S U M A R I O

1. Seguridad de la información y las comunicaciones. 1.1. Aspectos políticos. 1.2. Aspectos jurídicos: a) El secreto oficial b) El secreto privado. 2. Textos internacionales. 3 Constituciones iberoamericanas. 4. Conclusiones. 5 Referencias. 6. Textos de apoyo.

1.- Seguridad de la información y de las comunicaciones.

La seguridad de la información se interesa por la protección de la información almacenada, tratada o transmitida electrónicamente frente a cualquier amenaza voluntaria o accidental. Los servicios de información electrónica exigen una infraestructura de telecomunicaciones segura, unas terminales seguras y una utilización segura.

La protección técnica de la información se logra mediante la aplicación de medidas de seguridad entre las que destaca por su mayor incidencia en el proceso, las de naturaleza criptológica, basadas en la Criptología, ciencia que estudia la ocultación, disimulación o cifrado de la información, así como el diseño de sistemas que realicen dichas funciones.

La seguridad de la información tiene tres criterios o propiedades fundamentales, que son tres dimensiones distintas de la seguridad, pero que integradas configuran el concepto de Seguridad de la Información. Estas propiedades esenciales son: integridad, accesibilidad y confidencialidad.

La integridad es garantía contra la alteración de información; la accesibilidad asegura que cada elemento de información y cada funcionalidad del sistema puedan ser utilizados por los usuarios autorizados y, la confidencialidad impide el conocimiento de la información a quienes no estén autorizados. Este aspecto es el corazón de la política de seguridad de un sistema de información y requiere una previa delimitación de los ámbitos a proteger, una clasificación de la información.

2.- Aspectos políticos

La seguridad de la información y las comunicaciones, históricamente, ha sido un elemento de atención preferente pero, en un esquema tecnológico como el actual, es una dimensión esencial, que reviste un carácter estratégico.

Y todo lo relacionado con la información siempre es y ha sido esencial y por ello tiene profundas impregnaciones políticas.

La Comunidad Iberoamericana como ente diferenciado, tiene una identidad propia al margen de la identidad de los países que la integran. La convivencia en su seno no impide a los países integrantes que, eventualmente, puedan ser, entre sí, competidores económicos e, incluso, adversarios políticos, en determinados aspectos, lo que no es un tema menor, si tenemos en cuenta que la seguridad de la información y las comunicaciones es de aplicación a los más variados aspectos políticos, militares, diplomáticos, económicos, industriales o culturales.

La gran cuestión sería determinar hasta dónde llegan los efectos para cada país, de la pertenencia a una Comunidad como la Iberoamericana.

En principio, tanto la teoría sistémica como el propio derecho internacional pueden facilitar la respuesta.

La “unidad en la diversidad” permitirá una identidad iberoamericana con respecto a las individualidades de cada estado integrado. Ello exige un equilibrio para hacer compatible la necesaria autonomía de un Estado, producto de su soberanía, con las restricciones derivadas de la integración en una entidad supranacional como la Comunidad Iberoamericana, a la que pertenecería, además de por razones históricas y culturales, por un acto soberano, pero que técnicamente implicaría ciertas concesiones.

Parece evidente que las organizaciones supranacionales tienen razón de ser para aportar un plus a los países integrantes, cuyo resultado es notablemente superior a la suma aritmética de sus capacidades de cada Estado, individualmente consideradas. Y esto, es especialmente importante en el ámbito defensivo.

En todo caso, una Comunidad Iberoamericana eficiente no puede, ni debe diluir en su seno las estructuras nacionales, por el contrario, ha de ser el resultado de una eficaz integración, por lo que los ámbitos nacionales e iberoamericanos en lo que se refiere a la seguridad de la información y las comunicaciones, han de estar perfectamente delimitados.

3.- Aspectos jurídicos

El valor de la información y el poder derivado de la misma, requiere que, en ocasiones, se utilicen instrumentos para asegurarla. Desde esta perspectiva la seguridad de la información –y la Criptología como elemento esencial de la misma- actúan como coadyuvantes de dicho poder, participando de las características intrínsecas del mismo.

Mientras el poder pertenece a la esfera de lo fáctico, el derecho pertenece al ámbito del deber ser. Las relaciones entre Seguridad de la Información (Criptología) y Derecho, nos llevan, en cierto modo, y en última instancia, a las relaciones de Derecho y Poder. El derecho regula las relaciones interhumanas y limita tanto el poder del individuo como el de la sociedad y el del Estado, y tiene la doble función de regular la vida de relación y garantizarla.

En una sociedad democrática, la autoridad del Estado requiere la hegemonía para poder garantizar la paz interior y exterior, así como proteger derechos y libertades individuales. En definitiva, tiene el deber de defender la sociedad y su democrático funcionamiento. Proceso en el que, el individuo, cede parcela

de su poder personal a la comunidad y lo recupera en garantías de derechos y libertades individuales.

Tanto Derecho como Poder son principios reguladores de la acción social y ambos, son interdependientes y complementarios. Su armónica combinación constituye en esencial lo que se ha dado en llamar el “arte de la política”.

La paz, la estabilidad, o simplemente los intereses del Estado o de una organización, pueden verse amenazados por egoísmos individuales, egoísmos de grupos, o por egoísmos de otros estados u organizaciones competidoras, en muchos grados y con distintas intensidades. Estas amenazas se producen, actualmente, en gran proporción en el entorno de la información y las comunicaciones, por lo que, para neutralizarlas, se requiere, cada vez más intensamente, su protección real y efectiva, lo que se logra a través de la Seguridad de la Información cuyo instrumento fundamental es la Criptología.

Por tanto, parece evidente el nexo de unión entre Seguridad de la Información, Poder y Derecho.

La Seguridad de la Información es un instrumento para el logro del ejercicio efectivo de determinados derechos los cuales, no son otra cosa que manifestaciones de poder en sus distintos grados. Y lo hace, mediante la garantía de confidencialidad de un ámbito de información.

Pero, la Seguridad de la Información, cuya misión es ser eficaz, también muestra su eficiencia en la sustracción de información al conocimiento público, con lo que ello implica para las libertades de expresión e información.

Es generalmente admitido en la mayoría de los ordenamientos el principio general de publicidad de la actividad de los órganos del Estado, porque las cosas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas por todos, factor esencial de la participación, considerada como derecho fundamental.

El carácter de generalidad atribuido al principio de publicidad, lleva a admitir la posibilidad de excepciones, que tiene una manifestación palpable en el caso del secreto.

Aunque la aceptación del secreto viene a suponer, en cierto modo, una renuncia a las exigencias de la democracia, la transparencia no implica la inexistencia de reductos de confidencialidad que, con las debidas justificaciones y garantías, configuran una excepción al régimen general de la información pública, mediante la forma de “secreto oficial”.

La justificación de la transparencia se basa en el fundamental derecho ciudadano a participar en los asuntos públicos con la máxima información posible, de modo que la transparencia en los asuntos públicos es consustancial con los regímenes democráticos que, como formas de gobierno, excluyen, por principio, la opacidad de las decisiones. La transparencia de lo público se complementa con las libertades de expresión e información, que legitiman el funcionamiento de un sistema democrático y la eficacia de sus instituciones.

De igual modo, resulta generalmente admitido, que junto a las proclamas de una transparencia ilimitada en los asuntos de gobierno, existan restricciones justificadas, dirigidas a la preservación de los intereses generales. Transparencia y excepciones son principios que han de balancearse con ciertas cautelas, ya que una formulación incondicionada del principio de publicidad –con eliminación total del secreto- podría poner en peligro importantes fundamentos del propio régimen democrático, los derechos fundamentales e, incluso, la existencia del propio Estado que los sustenta. Se trata de una tensión para cuya solución no son válidos los postulados de una transparencia incondicionada e ingenua ni, tampoco el atrincheramiento en el ocultismo o la opacidad. El resultado ideal ha de ser el punto crítico de equilibrio entre la transparencia como norma general y el imprescindible secreto en determinados casos.

Como sostiene Jorge de Esteban, “las verdaderas democracias se caracterizan por la publicidad de lo público y el secreto de lo privado, el totalitarismo se define, en sentido contrario, por la publicidad de lo privado y el secreto de todo lo público”.

a) El secreto oficial.

Junto al principio general de transparencia en las diferentes esferas del poder, existen restricciones, limitaciones o excepciones fundadas en la defensa de intereses generales de la colectividad, que vienen consagradas en la doctrina internacional.

Estas restricciones o limitaciones se sitúan en el contexto de asuntos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueden dañar o poner en riesgo la seguridad del Estado o los intereses fundamentales de la nación y vienen a constituir lo que se conoce como secretos oficiales, que son el principal ámbito público de confidencialidad.

Por lo que se refiere al ámbito específico de la información y las comunicaciones, el principio de transparencia de lo público suele tener su articulación en los preceptos constitucionales que amparan las libertades de expresión e información.

Los secretos oficiales son un instrumento que se halla al servicio de otro derecho, el derecho a la paz. En la medida que la paz de una comunidad depende de cuestiones tales como la seguridad, los secretos oficiales pueden ser el instrumento para garantizar ambas. Las medidas para su protección real y efectiva, forman parte de estos derechos.

b) El secreto de lo privado.

Los derechos de la personalidad se manifiestan dentro de la legislación internacional y nacional como uno de los núcleos del reconocimiento y garantía de derechos. De ellos es prueba la protección general al honor, intimidad y propia imagen que brindan los ordenamientos jurídicos.

De igual modo que la transparencia de lo público es consustancial a los regímenes democráticos, en estos regímenes se da un desarrollo creciente de la sensibilidad social sobre el secreto de lo privado y, muy especialmente, de las consecuencias que para ello tiene la aplicación y uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, por su incidencia especialmente en la privacidad del individuo.

El secreto de las comunicaciones se configura como un derecho que garantiza a los particulares una esfera de libertad que debe ser respetada por los poderes públicos.

4.- Textos internacionales.

a) Declaraciones de principios:

- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de 1.789).

Artículos 10 y 11.

b) Textos internacionales:

- Convenio para la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1.950): Artículo 10.

- Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (4 de noviembre de 1.950 -Convenio Europeo-): Artículo 9

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1.966): Artículos 18 y 19.

- Convención americana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 1.969). Pacto de San José de Costa Rica: Artículos 13 y 14.

- Convención americana sobre Derechos Humanos (Abril de 1.970): Artículo 13

- Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales. Resolución del Parlamento Europeo de 1.989: Artículo 5, 18, 26, 27 y 28.

c) Textos de la Iglesia.

- Pacen in Terris (11 de abril de 1.963).

5.- Constituciones iberoamericanas.

La década de los ochenta y años posteriores, fueron testigo de una renovación constitucional en los países iberoamericanos, que pone de manifiesto una clara vocación de consolidación del Estado de Derecho. En este nuevo renacimiento del Derecho constitucional iberoamericano es difícil establecer rasgos generales por la heterogeneidad de los países que lo integran, no obstante, es de destacar, el carácter frecuentemente pacífico y evolutivo con el que se han desarrollado los cambios, y cómo el Derecho ha empezado a representar un elemento esencial en la configuración de la vida pública.

Sin pretender un estudio comparativo en profundidad de los parámetros jurídico-constitucionales en los que se desenvuelven la libertad de expresión y el secreto de las comunicaciones en los países iberoamericanos, sí pretendemos aproximarnos a este estudio y poner de relieve, a través de las constituciones de los distintos países que integran la Comunidad Iberoamericana, elementos comunes que puedan configurar una homogénea posición constitucional iberoamericana, concordante con el Derecho Internacional, punto de partida para un desarrollo jurídico de los aspectos relacionados con los derechos concernidos en la Sociedad de la Información, en el ámbito iberoamericano.

Preceptos constitucionales iberoamericanos

<u>Constitución</u>	<u>Libertad de expresión</u>	<u>Secreto de las comunicaciones</u>
Argentina	Art. 14	Art. 18
Bolivia	7, b)	20
Brasil	5, IV, IX	5, X, XII
Colombia	20	15
Costa Rica	28, 29, 30	24
Cuba	53	57
Chile	19.12°	19.5°
Ecuador	19.4	19.8
El Salvador	6	24
España	20	18.3
Guatemala	30, 31, 35	24
Honduras	72, 73, 74, 75	100
México	7	16
Nicaragua	30	26.2
Panamá	37	29
Paraguay	26, 27, 28, 29, 30	36
Perú	2.4°	2.8°
Portugal	37, 38, 39, 40	34.4
Puerto Rico	2, Sección 4	2, Sección 10
República Dominicana	8.6 y 8.10	8.9
Uruguay	29	28
Venezuela	57, 58	48, 60

6.- Protección real: El cifrado.

Por las especiales características de la información, las comunicaciones, el conocimiento y, en general, las nuevas tecnologías, su vulneración hace que se produzcan daños irreversibles, sin que la sanción jurídica sea suficiente, por lo que su protección real y efectiva demandan mecanismos que lo eviten.

La plenitud del ordenamiento jurídico exige que, además de la protección “a posteriori”, sancionando conductas contrarias a derecho, se disponga de mecanismos que garanticen de forma eficaz, “a priori”, en determinadas circunstancias, las consecuencias irreparables de eventuales violaciones, lo que se lleva a cabo a través de lo que se conoce como medidas de prevención,

de la naturaleza más variada, (medidas físicas, lógicas, normativas, organizativas...) entre las que está la Seguridad Técnica de la Información, cuyo elemento principal es la Criptología.

7.- Conclusiones.

Primera.- En la mayoría de los textos constitucionales y textos internacionales sobre derechos humanos –y, en todas las Constituciones iberoamericanas- se consagra la publicidad de lo público y el secreto de lo privado, existiendo excepciones en uno y otro caso que adoptan la forma de “secreto oficial”, o la de autorización judicial, en el caso de las comunicaciones privadas.

Textos internacionales y Constituciones iberoamericanas que dan el punto de partida para desarrollos jurídicos más amplios que permitan caminar hacia un orden jurídico de la Comunidad Iberoamericana y de los Estados que la integran, en la Sociedad de la Información.

Segunda.- Ante las características de la información y las comunicaciones, y la irreversibilidad de los daños causados, la sanción jurídica es insuficiente, por lo que se demanda una protección real y efectiva que evite que el daño se produzca, lo que se logra a través de la seguridad técnica de la información, cuya utilización en el entorno tecnológico actual, no es solo un derecho, sino un deber inexcusable que la Comunidad Iberoamericana ha de asumir y desarrollar, para lo que tiene sentadas las bases constitucionales suficientes.

8.- Referencias

- 1.- “El código”, Lawrence Lessig, Edit. Taurusesdigital, Madrid, 2001.
- 2.- “Release 2.0”, Esther Dyson, Barcelona (España), 1997.
- 3.- “El imperio de la política”, Miguel Revenga Sánchez, Editorial Ariel, Barcelona 1995.
- 4.- “Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales”, Edit. BOSCH, Pilar Cousido González, Barcelona (España), 1995.
- 5.- “Las Constituciones de Iberoamérica”, Luis López Guerra y Luis Aguiar, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- 6.- “Textos básicos sobre Derechos Humanos”, Gregorio Peces-Barba, Edit. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1.973.
- 7.- Decisión del Consejo de Europa de 31 de marzo de 1.992 (92/242/CEE).

- 8.- “Seguridad, Información y Poder”, José María Molina, Edit. Incipit, Madrid, 1.994.
- 9.- “Seguridad de la información: Criptología”, José María Molina, Edit. El Cid, Miami, FL USA, julio 2.000, formato electrónico, [www://www.e-libro.net](http://www.e-libro.net) (tecnología).
- 10.- “Criptología y Derecho”, José María Molina, Editorial El Cid, Miami, FL USA, febrero 2.001, Edit. El Cid, Miami, FL USA, julio 2.000, formato electrónico, [www://www.e-libro.net](http://www.e-libro.net) (derecho).
- 11.- “Aspectos jurídicos de la protección criptológica de la información y las comunicaciones”, José María Molina, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid (España).
- 12.- “España en la nueva situación europea”, José María Molina, Edit. Ciencia Democracia y Sociedad, Madrid 1.990.
- 13.- “Libertad informática y criptología”, José María Molina, Revista de Derecho Informático, Mérida 1.996.
- 14.- “Criptología y Política”, José María Molina, Universidad de Zaragoza
- 15.- “Criptología y delito cibernético”, José María Molina, Jesús Minguet y Lucrecio Rebollo.,
- 16.- “Libertad y seguridad en el ámbito tecnológico”, José María Molina, II Congreso Internacional de Derecho Informático, Madrid 2.002.

Madrid, octubre 2003