

TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: UE vs. EE.UU.

Alfonso Ortega Giménez

Profesor Colaborador de Derecho internacional privado de la Universidad

Miguel Hernández de Elche.

Sumario: *I. Planteamiento.- II. El sistema de Principios de Puerto Seguro.- III. El tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad Nacional, Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras, de los EE.UU.- IV. Bibliografía consultada.*

TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: UE vs. EE.UU.

Sumario: *I. Planteamiento.- II. El sistema de Principios de Puerto Seguro.- III. El tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad Nacional, Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras, de los EE.UU.- IV. Bibliografía consultada.*

Resumen: Desde la UE el principal destino de los datos de carácter personal son los EE.UU., el objeto de este trabajo es analizar cómo se debe realizar la transferencia de datos de carácter personal a entidades ubicadas en los EE.UU., poniendo especial atención en el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad Nacional, Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras, de los EE.UU.

Palabras clave: datos de carácter personal, transferencia internacional.

I. Planteamiento.

1. Desde la UE el principal destino de los datos de carácter personal son los EE.UU., el objeto de este trabajo es analizar cómo se debe realizar la transferencia de datos de carácter personal a entidades ubicadas en los EE.UU., poniendo especial atención en el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad Nacional, Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras, de los EE.UU.

II. El sistema de Principios de Puerto Seguro¹.

2. La Directiva 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la

¹ Vid. ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Transferencia de datos personales entre la Unión Europea y EEUU” en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, Número 83, La Ley, Madrid, Mayo 2004, pp. 66-68.

libre circulación de estos datos, que entró en vigor en 1998, supuso el inicio de una disputa entre la UE y EE.UU., ya que a los ojos de la Directiva, era posible que las exportaciones de datos de carácter personal a los EE.UU. fueran prohibidas ya que mientras el enfoque de EEUU en esta materia se basaba en una mezcla de legislación, reglamentación y autorregulación, la UE consideraba imprescindible la protección del derecho fundamental a la privacidad. Tras largas negociaciones, el pasado 29 de julio de 2000, llegaron a un acuerdo, denominado “*Safe Harbour*” (Puerto Seguro) por el que se establecía el sistema de Principios de Puerto Seguro para la protección de la vida privada. Se trata de un sistema eficaz, tanto desde el punto de vista teórico como desde el punto de vista práctico, ya que posibilita un flujo estable e ininterrumpido de información asegurando un nivel permanente de protección adecuada; así, por ejemplo, desde un punto de vista práctico, son ya más de 150 empresas las que se han adherido al Sistema (p. ej. Microsoft Corporation; Intel; Doubleclick, Inc.; Hewlett Packard; o, BMW Group, Inc) aunque la regla general es el incumplimiento de las disposiciones de la mencionada Directiva 95/46/CEE por parte de las empresas estadounidenses.

3. El sistema de Principios de Puerto Seguro presenta numerosas ventajas, teniendo en cuenta que: a) Constituye un marco normativo uniforme, permanente, estable y definitivo para la protección del derecho a la intimidad y para la transferencia internacional de datos de carácter personal entre la UE y los EE.UU.; b) Permite la aprobación automática por todos los Estados miembros de la UE de las transferencias internacionales de datos de carácter personal con destino a los EE.UU.; y, c) Sustituye a las legislaciones internas de cada uno de los Estados miembros de la UE.

4. El sistema de Principios de Puerto Seguro se configura, entonces, como un programa voluntario, basado en la autocertificación y en la autoevaluación, que se ofrece a las entidades de los EE.UU. con el fin de obtener, respecto de los datos personales recibidos desde la UE una presunción de adecuación a la protección exigida a nivel comunitario, que permite asegurar, de manera permanente, la legitimidad de las transferencias internacionales de datos de carácter personal.

El sistema ha estado disponible para las empresas estadounidenses desde el pasado 1 de noviembre de 2000, teniendo una duración, en principio, ilimitada, aunque existen dos revisiones, programadas, una para el 1 de junio de 2001 y otra para el 2003, todavía no efectuadas, y una advertencia de revocación en caso de uso fraudulento.

5. Llegados a este punto, se hace necesario el estudio de la estructura normativa de los Principios de Puerto Seguro, que combina las siguientes normas: a) Por un lado, unos Principios de Puerto Seguro para la protección de la vida privada, que fueron publicados por el *US Department*

of Commerce, el pasado 21 de julio de 1998; b) Por otro lado, por unas *Frequently Asked Questions (FAQ)*, publicadas también por el *US Department of Commerce*, con el objeto de servir de guía para la aplicación de los Principios antes mencionados; y, finalmente, c) Por la Decisión de la Comisión Europea 2000/520/CE, de 26 de julio, con arreglo a la Directiva 95/46/CEE, por la que se declara la adecuación de la protección conferida por dichos principios a los efectos de la libre transferencia de datos de carácter personal desde la UE a los EE.UU.

Los Principios de Puerto Seguro, que tienen fuerza vinculante, desde el punto de vista de su estructura formal, es de destacar que, a) Van precedidos de una introducción, que contiene una advertencia y diversas instrucciones sobre la forma de adhesión al sistema por parte de las entidades estadounidenses y la jurisdicción competente para la interpretación de los referidos Principios; y, b) Van seguidos de un anexo con los organismos de los EE.UU. reconocidos por la UE para la investigación de quejas y la solicitud de medidas provisionales.

Las *Frequently Asked Questions (FAQ)* son quince y tienen por objeto, a modo de guía, aclarar y, en algunos casos, culminar, siendo de gran ayuda a las instancias encargadas de interpretar y aplicar los Principios de Puerto Seguro.

La *Decisión de la Comisión Europea 2000/520/CE, de 26 de julio* consta de once considerandos y cinco artículos, donde establece las condiciones que deben cumplirse en cada transferencia de datos de carácter personal para que se entienda que existe la equivalencia, una presunción de cumplimiento de dichas condiciones, las posibilidades de suspensión de transferencias y de modificación de la Decisión, el reconocimiento de competencia de determinados organismos de los EE.UU. para investigar quejas y solicitar medidas provisionales y reparaciones para los particulares, independientemente de su residencia y nacionalidad y, la obligación de los destinatarios (que son los Estados miembros de la UE) de la norma de adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento.

6. Los Principios de Puerto Seguro, que se configuran como mínimos para cualquier política privada de protección de datos de carácter personal, son los siguientes:

1) Principio de Notificación (“*Notice*”): establece la obligación que tienen las entidades de informar a los particulares de los fines y utilización de sus datos de carácter personal; 2) Principio de Opción (“*Choice*”): dispone la obligación de las entidades de ofrecer a los particulares la posibilidad de decidir si sus datos de carácter personal pueden ser o no cedidos a un tercero; 3) Principio de Transferencia Ulterior (“*Onward Transfer*”): señala que para revelar información a terceros que no participen en el sistema de Puerto Seguro, las entidades deberán aplicar los Principios de notificación y de opción; 4) Principio de Seguridad (“*Security*”): establece que las entidades que se encargan de la recogida de datos de carácter personal deberán tomar todas las precauciones que estimen oportunas con el fin de evitar su pérdida, modificación o destrucción; 5) Principio de Integridad de los datos (“*Data Integrity*”): señala que los datos de carácter personal

deben ser pertinentes con respecto a los fines con los que se utiliza; 6) Principio de Acceso (“*Access*”): recoge el derecho de los particulares al conocimiento de sus datos de carácter personal que las entidades tengan sobre ellos y poder corregirla, modificarla o suprimirla en caso de que sea inexacta; y, 7) Principio de Aplicación (“*Enforcement*”): dispone la necesidad de incluir una vía de recurso para los interesados que se vean afectados por el incumplimiento de la normativa sobre transferencia internacional de datos de carácter personal entre los EE.UU. y la UE.

7. No obstante, existen toda una serie de excepciones a estos Principios del sistema de Puerto Seguro, a saber: a) Cuando sea necesario para cumplir las exigencias de seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley; b) Cuando una disposición legal o resolución jurisdiccional así lo establezca; y, c) Cuando la Directiva 95/46/CEE o cualquier norma de los Estados miembros de la UE lo permita.

8. En definitiva, en cumplimiento de la Directiva 95/46/CEE, las entidades estadounidenses pueden adoptar cualquiera de las siguientes posturas: a) Adherirse al sistema de Principios de Puerto Seguro; b) Acudir a fórmulas que exoneren del requisito de la protección adecuada, que recoge el artículo 26 de la Directiva 95/46/CEE; y, c) No recibir datos de carácter personal de la UE.

9. Ante el incumplimiento por parte de las entidades estadounidenses del sistema de Puerto Seguro, caben dos posibilidades: a) La suspensión de las transferencias de datos de carácter personal hacia una entidad que haya autocertificado su adhesión a los Principios y su aplicación de conformidad con las *FAQ*, con el fin de proteger a los particulares de un “tratamiento fraudulento” de sus datos de carácter personal, o la adopción de cualquier otra medida dentro de sus competencias con el fin de evitar ese “tratamiento fraudulento” de los datos de carácter personal de los particulares. En este sentido, hablamos de “tratamiento fraudulento” cuando existan grandes probabilidades de que se estén vulnerando los Principios del Puerto Seguro, existan razones para creer que el mecanismo de aplicación correspondiente no ha tomado o no tomará las medidas oportunas para resolver el caso en cuestión, la transferencia en cuestión pueda crear un riesgo inminente de grave perjuicio a los afectados o las autoridades competentes del Estado miembro de la UE hayan realizado notables esfuerzos para notificárselo a la entidad y proporcionarle la oportunidad de alegar en su defensa lo que estimen oportunos para evitar la imposición de una medida tendente a suspender la transferencia internacional de datos de carácter personal entre los EE.UU. y la UE; o, b) Si se demostrara que un organismo encargado del cumplimiento de los Principios de Puerto Seguro en los EE.UU. no está ejerciendo su función, la Comisión Europea le notificará al *US Department of Commerce* que tiene intención de adoptar toda una serie de

medidas con el objeto de anular, suspender o restringir la transferencia internacional de datos de carácter personal entre los EE.UU. y la UE.

10. Por tanto, el denominado “Safe Harbour” (Puerto Seguro) por el que se establecía el sistema de Principios de Puerto Seguro para la protección de la vida privada, basado en la voluntaria y libre autocertificación y autoevaluación de las entidades de los EE.UU., tiene como finalidad obtener, respecto de los datos personales recibidos desde la UE una presunción de adecuación a la protección exigida a nivel comunitario, que permita asegurar, de manera permanente, la legitimidad de las transferencias.

III. El tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de Seguridad Nacional, Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras, de los EE.UU.²

11. El pasado 17 de mayo de 2004, mediante Decisión del Consejo Europeo, sobre la base jurídica del artículo 95 del TCE, se aprobó el Acuerdo entre la UE y los EE.UU. sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los EE.UU. (DO L 183, p. 83, y corrección de errores en DO 2005, L 255, p. 168). Dicho Acuerdo tenía una doble razón de ser: por un lado, convertirse en un instrumento más de prevención y combate contra el terrorismo y los delitos relacionados con el terrorismo y otros delitos graves de carácter transnacional, incluido el crimen organizado; y, por otro lado, adaptarse a la reglamentación estadounidense –aprobada como consecuencia de los tristes acontecimientos del 11-S-, que obligaba y obliga a que las compañías aéreas que efectúen vuelos de pasajeros en líneas de transporte aéreo con punto de origen o de destino en los EE.UU. proporcionen al Departamento de seguridad nacional (en lo sucesivo, “DHS”), Oficina de aduanas y de protección de fronteras (a partir de ahora, “CBP”), acceso electrónico a los datos del expediente de los pasajeros (en adelante, “PNR”) en la medida en que se recojan y estén incluidos en los sistemas informatizados de control de reservas/salidas de las compañías aéreas.

12. De esta forma, la CBP puede acceder de forma electrónica a los datos de los expedientes de los pasajeros procedentes de los sistemas de control de reservas/salidas de las compañías aéreas situados en la UE, que efectúan vuelos de pasajeros en líneas de transporte aéreo con el extranjero

² Vid. ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Transferencia de datos de pasajeros en vuelos entre los EEUU y la UE” en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, Número 108, La Ley, Madrid, Septiembre 2006, pp. 51-53.

con punto de origen o de destino en los EE.UU. La CBP, por su parte, trata los datos recibidos de los expedientes de los pasajeros y a los titulares de esos datos afectados por el tratamiento de los mismos de conformidad con la legislación y los requisitos constitucionales de los EE.UU., sin discriminación contraria a la ley, en particular por razón de la nacionalidad y el país de residencia.

13. Así, desde hace algunos años, las compañías aéreas que vuelan a los EE.UU. deben entregar -de los aproximadamente 320 millones de pasajeros que viajan anualmente entre la UE y los EE.UU.-, hasta 15 minutos antes del despegue del avión, 34 datos con información del viajero; en caso contrario, se pueden enfrentar a multas de 6.000 euros por pasajero y a la prohibición de aterrizar en suelo estadounidense. Se trata de datos tales como la dirección, el teléfono, *e-mail*, el número de la tarjeta de crédito del pasajero, el número de etiqueta de las maletas, la agencia de viajes en la que el pasajero adquirió el billete, o los viajes anteriores que ha realizado dicha persona.

14. En este contexto, el Parlamento Europeo, unos meses más tarde de la aprobación de dicho Acuerdo -el pasado 27 de julio de 2004-, solicitó al TJCE la anulación de dicho Acuerdo por infracción de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO L 281, p. 31), -a partir de ahora, Directiva 95/46/CE-.

El Parlamento Europeo invocó cuatro motivos de anulación, basados respectivamente en la violación del principio de legalidad, de los principios básicos de la mencionada Directiva 95/46/CE, de los derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad; en particular, los argumentos esgrimidos fueron los siguientes:

a) En primer lugar, el Parlamento Europeo sostuvo que el Acuerdo se adoptó *ultra vires*, dado que no se respetó lo dispuesto en la Directiva 95/46/CE, y que infringía en particular el artículo 3, apartado 2, primer guión, de ésta, según el cual quedan excluidas las actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. La Comisión Europea -férrea defensora de dicho Acuerdo- argumentó que las actividades de las compañías aéreas estaban claramente incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, pues, precisamente, el objetivo que persiguen las compañías aéreas con el tratamiento de los datos es respetar las exigencias del Derecho comunitario.

Pero, en este sentido, el TJCE ha determinado que el artículo 3, apartado 2, primer guión, de la Directiva 95/46/CE excluye de su ámbito de aplicación el tratamiento de datos personales efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las previstas por las disposiciones de los Títulos V y VI del TUE, y, en cualquier caso, el tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y las actividades del Estado en materia penal. En consecuencia, la transferencia de datos UE-

EE.UU. constituye un tratamiento que tiene por objeto la seguridad pública y las actividades del Estado en materia penal. Si bien es correcto considerar que los datos de los PNR son inicialmente recogidos por las compañías aéreas en el marco de una actividad comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, -esto es, la venta de un billete de avión que da derecho a una prestación de servicios-, sin embargo, el tratamiento de datos contemplado en el Acuerdo tiene una naturaleza bien distinta.

No obstante, de ello no se desprende que, debido al hecho de que los datos sean recogidos por operadores privados con fines mercantiles y de que sean éstos quienes organizan su transferencia a un Estado tercero, dicha transferencia no esté incluida en el ámbito de aplicación de la citada disposición, ya que, a juicio del TJCE, esta transferencia se inserta en un marco creado por los poderes públicos y cuyo objetivo es proteger la seguridad pública.

b) En segundo lugar, El Parlamento Europeo alegó que el artículo 95 del TCE no constituye una base jurídica adecuada para la adopción del Acuerdo entre la UE y los EE.UU., ya que éste no tiene por objeto y contenido el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, contribuyendo a la eliminación de obstáculos a la libre prestación de servicios, y no contiene disposiciones que persigan la consecución de este objetivo; su finalidad consiste en legalizar el tratamiento de datos personales impuesto por los EE.UU.

La Comisión Europea señaló que existía un “conflicto de leyes” en el sentido del Derecho internacional público entre la legislación estadounidense y el Derecho comunitario, además de alegar que el artículo 95 del TCE era suficiente base jurídica para la adopción del controvertido Acuerdo entre la UE y los EE.UU.

Pues bien, a juicio del TJCE, el artículo 95 del TCE no puede constituir la base de la competencia de la UE para celebrar el Acuerdo, dado que éste se refiere a tratamientos de datos que no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE.

15. En definitiva, el TJCE ha procedido anular el Acuerdo entre la UE y los EE.UU. sobre el tratamiento y la transferencia de los datos de los expedientes de los pasajeros por las compañías aéreas al Departamento de seguridad nacional, Oficina de aduanas y protección de fronteras, de los Estados Unidos, aunque manteniendo sus efectos hasta el próximo 30 de septiembre de 2006, para facilitar la ejecución de la sentencia por razones de seguridad jurídica y de protección de las personas afectadas.

De esta forma, el TJCE, únicamente ha entrado a valorar como motivo de anulación invocado por el Parlamento Europeo, como ya hemos tenido ocasión de comentar, la violación del artículo 3.2 de la Directiva 95/46/CE, ya que este precepto excluye del ámbito de aplicación de la Directiva todo tratamiento de datos que tenga por objetivo la seguridad pública, la defensa, la seguridad del estado y las actividades del estado en materia penal, siendo este el ámbito de aplicación del Acuerdo UE-EE.UU.

Aunque la recogida de los datos se hace en el marco de la actividad comercial de las compañías aéreas –que entra dentro del marco comunitario- el carácter del tratamiento de los mismos previsto en el citado Acuerdo no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 95/46/CE.

Por otro lado, el Acuerdo UE-EE.UU. no puede basarse en el art. 95 TCE, ya que una disposición del TCE no puede ser la base legal para la elaboración de un acuerdo internacional que dé cobertura a dicho tratamiento.

16. Ahora bien, a nuestro juicio, ésta hubiera sido una magnífica oportunidad para que el TJCE entrara a valorar el fondo del Acuerdo UE-EE.UU., determinando si el tratamiento de datos fruto de un Acuerdo de este tipo es acorde o no con el Derecho comunitario, esto es, que se hubiera pronunciado sobre si la entrega de datos personales amparada en este Acuerdo vulnera los derechos individuales de los pasajeros; y, no quedarse en una simple “corrección formal” a la Comisión Europea.

No obstante, la solución la tiene la Comisión Europea al alcance de su mano: negociar un nuevo acuerdo con los EE.UU. sobre la base jurídica del Tercer Pilar de Asuntos de Justicia e Interior, donde las decisiones se adoptan por unanimidad al margen del Parlamento Europeo, o bien que cada uno de los 25 Estados miembros de la UE celebren acuerdos bilaterales de entrega de datos personales con los EE.UU.

En todo caso, esta decisión del TJCE ha colocado a las compañías aéreas, si la UE y los EE.UU. no llegan a nuevo acuerdo antes del próximo 30 de septiembre, en la tesitura de tener que elegir entre vulnerar la legislación estadounidense o el Derecho comunitario.

IV. Bibliografía consultada.

ARRIBAS LUQUE, J. M., “Sobre la protección adecuada en las transmisiones de datos personales desde la Unión Europea a los EE.UU.: el sistema de principios de puerto seguro”, en *La Ley*, núm. 5497, 7 de marzo de 2002.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Transferencia de datos de pasajeros en vuelos entre los EEUU y la UE” en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, Número 108, La Ley, Madrid, Septiembre 2006, pp. 51-53.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “Transferencia de datos personales entre la Unión Europea y EEUU” en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, Número 83, La Ley, Madrid, Mayo 2004, pp. 66-68.

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ es Licenciado en Derecho por la Universidad de Alicante, 2000 y Master en Comercio Internacional también por la Universidad de Alicante, 2001. Desde el curso académico 2000-2001 hasta el curso académico 2005-2006 ha sido Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Cardenal Herrera-CEU en Elche, y, desde el curso académico 2001-2002 hasta el curso académico 2005-2006 ha sido Profesor Asociado de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche. En la actualidad, es Profesor Colaborador de Derecho internacional privado en la Universidad Miguel Hernández de Elche. Asimismo, es Colaborador Honorífico del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante, Miembro de número de la AEPDIRI, Responsable del Área de Derecho internacional privado del Departamento de Arte, Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, Coordinador del Practicum de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Miguel Hernández de Elche, profesor del Master en Comercio Internacional, organizado por la Universidad de Alicante, desde el curso académico 2002-2003, profesor del Master Universitario en Propiedad Industrial, Intelectual y Derecho de la Sociedad de la Información, organizado también por la Universidad de Alicante, y profesor del Master Universitario en Internacionalización de la empresa, organizado por la Universidad Politécnica de Valencia. Ha sido ponente en numerosos cursos organizados en materia de extranjería, comercio internacional y protección de datos de carácter personal, entre otros. Además, es autor de diferentes artículos relacionados con dichas materias, de la obra publicada por el ICEX, dentro de la colección “Cuadernos básicos de exportación”, *El contrato de joint venture internacional*, 2006, y ha colaborado en los libros colectivos *La inmigración en la Comunidad Valenciana: un estudio multidisciplinar*, Tirant lo blanch, 2006, *Gestión del cobro de las operaciones de venta internacional*, Editorial Club Universitario, 2005, *Introducción al Derecho*, Universidad Miguel Hernández, 2005, *Derecho e Internet. Textos Jurídicos Básicos*. Alicante, Compás editorial, 2001, y *Estatuto Jurídico del no nacional en España (Nacionalidad y Extranjería)*, Alicante, Compás editorial, 2001.