

PREVENCIÓN DEL TERRORISMO

TERRORISM PREVENTION

Rev. boliv. de derecho n° 8, julio 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 232- 241



Alfonso
ORTEGA

RESUMEN: Una Decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2004, acompañada por el Acuerdo Internacional concluido entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, de 28 de mayo de 2004, estableció el marco jurídico que permitía a las compañías aéreas transferir los datos PNR de los pasajeros. Tras la anulación de ambos instrumentos por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en 2006, el marco fue sustituido en un primer lugar por el Acuerdo provisional entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 16 de octubre de 2006 y, después, por el Acuerdo firmado el 23 de julio de 2007 por la UE y el 26 de julio por los EE.UU.

PALABRAS CLAVE: Datos de carácter personal, tratamiento de datos, transferencia internacional, terrorismo, Unión Europea, EE.UU.

ABSTRACT: *A May 14, 2004, Decision of the European Commission and the May 28, 2004, International Agreement between the European Union and the United States of America, have created the legal frame to allow the airlines the transference of the passengers information data. After the annulment of both sources by the Court of Justice of the European Communities in 2006, the legal frame was substituted first by the October 16, 2006, Provisional Agreement between the European Union and the United States of America and, after, by the Agreement signed on July 23, 2007 by the EU and on July 26, 2007 by USA.*

KEY WORDS: *Private Information, Data Transference, International Transference, Terrorism, European Union, USA.*

SUMARIO: I. Planteamiento.- II. 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.- III. Reflexión final.- IV. Bibliografía básica recomendada.

I. PLANTEAMIENTO.

1. La transferencia internacional de datos de un Estado a otro es un tema de especial atención en todas las legislaciones en materia de protección de datos de carácter personal de nuestro entorno. La necesidad de conciliar los derechos de los ciudadanos con el movimiento internacional de datos obliga a que las normas reguladoras en la materia partan de un principio general de prohibición de la transferencia a países que no garanticen un nivel de protección adecuado. De esta forma, sobre la base del artículo 25.4 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 datos¹, se considerará que ofrecen un nivel de protección adecuado, además de los Estados miembros de la UE, aquellos terceros Estados respecto de los cuales la Comisión Europea haya declarado la existencia de esa adecuación. Pues bien, desde 2004, en virtud de este Acuerdo se considera que el Departamento de seguridad nacional (en lo sucesivo, "DHS") ofrece un nivel adecuado de protección de los datos de los pasajeros que se transfieren desde la Unión Europea en relación con vuelos internacionales de transporte de pasajeros con origen o destino en los Estados Unidos.

2. Tras los atentados del 11-S, los EE.UU. adoptaron varias leyes y normativas que obligan a las compañías aéreas que vuelan a su territorio a transferir a la administración de los EE.UU. los datos personales de los pasajeros y miembros de la tripulación de aeronaves que vuelan desde, hacia o vía los EE.UU. En concreto, las autoridades estadounidenses obligan a las compañías aéreas a dar a su Departamento de Seguridad del Territorio Nacional (*Department of Homeland Security*, en lo sucesivo DHS) acceso electrónico a los datos de los pasajeros contenidos en el registro de nombres de los pasajeros (en lo sucesivo, datos PNR) de los vuelos con destino, procedentes o vía los EE.UU. Las compañías aéreas que no cumplan estas obligaciones podrán tener que enfrentarse a duras sanciones, incluida la pérdida de sus derechos de aterrizaje, al margen de los retrasos que sus pasajeros podrían sufrir en sus viajes a los EE.UU.

¹ DO L 281, p. 31.

• Alfonso Ortega Giménez

Profesor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche, alfonso.ortega@umh.es.

Una Decisión de la Comisión Europea de 14 de mayo de 2004, acompañada por el Acuerdo Internacional concluido entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, de 28 de mayo de 2004, estableció el marco jurídico que permitía a las compañías aéreas transferir los datos PNR de los pasajeros. Tras la anulación de ambos instrumentos por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en 2006, el marco fue sustituido en un primer lugar por el Acuerdo provisional entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 16 de octubre de 2006 y, después, por el Acuerdo firmado el 23 de julio de 2007 por la UE y el 26 de julio por los EE.UU.

II. 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.

3. 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.² 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 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.

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 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

² DO L 183, p. 83, y corrección de errores en DO 2005, L 255, p. 168.

EE.UU., sin discriminación contraria a la ley, en particular por razón de la nacionalidad y el país de residencia.

4. Así, desde hace algunos años, las compañías aéreas que vuelan a los EE.UU. deben entregar –de los aproximadamente más de 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.

5. 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 Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE) la anulación de dicho Acuerdo por infracción de la 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 Tratado de la Unión Europea (en lo sucesivo, 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 Tratado de la Comunidad Europea (a partir de ahora, 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.

6. En definitiva, el TJCE procedió a 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 entró 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 artículo 95 del 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.

7. 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 tenía 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 27 Estados miembros de la UE celebren acuerdos bilaterales de entrega de datos personales con los EE.UU.

8. Tras la anulación de ambos instrumentos por parte del TJCE, en 2006, el marco fue sustituido en un primer lugar por el Acuerdo provisional entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, de 16 de octubre de 2006 y, después, por el Acuerdo firmado el 23 de julio de 2007 por la UE y el 26 de julio por los EE.UU.

Así las cosas, las compañías aéreas, las agencias de viaje y los sistemas informatizados de reserva siguen sin informar sistemática y adecuadamente a los pasajeros de vuelos trasatlánticos sobre la recogida y transferencia de sus datos PNR. Ahora bien, para hacer frente a esta situación, ¿qué directrices deben seguir las compañías aéreas, las agencias de viaje y los sistemas informatizados de reserva sobre el modo en que debería ofrecerse la información? En este sentido, básicamente, cuatro serían los interrogantes a despejar³:

³ Vid., en sentido amplio, Dictamen del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre protección de los datos 2/2007, relativo a la información de los pasajeros en relación con la transferencia de datos PNR a las autoridades de los Estados Unidos, emitido el 15 de febrero de 2007 y revisado y actualizado el 24 de junio de 2008. Informes WP 132 (00345/07/ES) e Informe WP 151 (00345-01/07/ES).

a) ¿Quién debería dar la información?

La obligación de informar al interesado recae en el responsable del tratamiento de los datos. En el caso del PNR, éste puede ser una o varias compañías aéreas. La obligación de informar a los pasajeros también incumbe a las agencias de viaje y a los sistemas informatizados de reserva.

b) ¿En qué momento debería suministrarse la información?

Deberá suministrarse información a los pasajeros antes o en el momento en el que el pasajero acepta comprar el billete de avión.

c) ¿Qué información debería darse?

El contenido de la información a suministrar incluye la identidad del responsable del tratamiento, los fines del tratamiento y cualquier otra información en la medida en que, habida cuenta de las circunstancias específicas en que se hayan obtenido los datos, dicha información suplementaria resulte necesaria para garantizar un tratamiento de los datos leal respecto del interesado.

d) ¿Cómo debe darse la información?

La decisión sobre cómo dar la información incumbe a quienes tienen la obligación de suministrarla, es decir, a las compañías aéreas, las agencias de viajes y los sistemas informatizados de reserva. En cualquier caso, la información se deberá suministrar de modo que se garantice que el pasajero está al corriente de la toma y tratamiento de sus datos PNR.

III. REFLEXIÓN FINAL.

9. El pasado 30 de mayo de 2006, el TJCE anuló 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. –por 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 mantuvo sus efectos hasta el pasado 30 de septiembre de 2006, para facilitar la ejecución de la propia sentencia por razones de seguridad jurídica y de protección de las personas afectadas.

Así las cosas, la solución pasaba por o bien, 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 27 Estados miembros de la UE celebren acuerdos bilaterales de entrega de datos personales con los EE.UU.

10. En este contexto, la decisión adoptada por la UE de alcanzar un Acuerdo global que permita la transferencia de datos de los pasajeros con destino a los EE.UU. nos plantea algunas dudas.

Es muy loable el fin perseguido con este nuevo Acuerdo: el deseo de la UE y los EE.UU. por prevenir y combatir con eficacia el terrorismo y la delincuencia transnacional, como medio de protección de sus respectivas sociedades democráticas y de sus valores comunes; y, en la importancia que revisten la prevención y la lucha contra el terrorismo, los delitos afines y otros delitos graves de carácter transnacional, incluida la delincuencia organizada, al tiempo que se respetan los derechos y las libertades fundamentales, especialmente la intimidad.

Ahora bien, a nuestro juicio, no es tan claro que el tratamiento de datos fruto de este nuevo Acuerdo sea acorde con el Derecho comunitario, que se respeten los derechos fundamentales y, en particular, el derecho conexo relativo a la protección de los datos personales, consagrado en el artículo 6, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea; habrá que esperar a la puesta en práctica del mismo, a comprobar la información que les es requerida a los pasajeros para, en definitiva, valorar si dicho Acuerdo supone la vulneración de los derechos individuales de los pasajeros.

IV. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA RECOMENDADA.

ÁLVAREZ CIVANTOS, Oscar José, *Normas para la implantación de una eficaz protección de datos de carácter personal en empresas y entidades*, Editorial Comares, Granada, 2001.

CASTAÑEDA GONZÁLEZ, Alberto, BONADEO FIOONI, Rodrigo y SÁNCHEZ ECHEVARRÍA, Jesús, *Guía práctica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2002.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Derecho privado de Internet*, Civitas, 3ª edición, Madrid, 2002.

DEL PESO NAVARRO, Emilio, *Ley de Protección de Datos. La nueva LORTAD*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2000.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, "Transferencia internacional de datos de carácter personal: UE vs. EE.UU.", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*, número 2 (2007), pp. 210-219.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, "Nuevo marco regulador de la transferencia de datos de pasajeros en vuelos entre Estados Unidos y la Unión Europea al Departamento de Seguridad Nacional norteamericano", en *IURIS. Actualidad y Práctica del Derecho*, Número 114, La Ley, Madrid, Marzo 2007, pág. 64.

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.