

La visión europea de la protección de datos

Foro “México y el Convenio 108”

INAI, 7 de noviembre de 2018

Este panel lleva por título “La visión europea de la protección de datos personales”. Y, si me pidieran que les resume en una frase cuál es dicha visión, les diría: “la que se materializó en el Convenio 108 del Consejo de Europa”. Es cierto que hay otros textos posteriores, a los que luego me referiré, más extensos, más elaborados dogmáticamente y que contienen garantías mucho más precisas, pero el Convenio 108 tuvo el mérito de establecer los elementos esenciales de lo que sería el “modelo europeo de protección de datos personales”.

Y a ello añade otra virtud, no siempre presente en los textos jurídicos europeos, la de combinar, en la dosis adecuada, el rigor jurídico y la flexibilidad, lo cual le permite tener vocación de universalidad, sin renunciar a su origen. Gracias a esta afortunada combinación, el Convenio 108 es la base sobre la que se cimentó el desarrollo del sistema europeo de protección de datos y, a la vez, una plataforma internacional para la concertación, la convergencia y la colaboración de Estados, europeos y no europeos que, sin tener sistemas de garantía idénticos, comparten el compromiso de establecer un nivel elevado de salvaguarda del derecho a la protección de los datos de carácter personal.

Como la mayoría de ustedes conocen, los orígenes del derecho a la protección de datos en Europa se sitúan en los debates que en los años sesenta del pasado siglo se desencadenaron en torno a los riesgos derivados del desarrollo de la informática, debates que fueron particularmente intensos en Alemania debido a las dramáticas experiencias sufridas con el manejo de los registros de población por el régimen nazi. En este período, surgieron diversas propuestas normativas, pero la primera que cristalizó fue la Ley de Protección de Datos del Land Hessen, aprobada el 7 de octubre de 1970, que se convirtió así en texto pionero en la materia. Y fue justamente en ella donde por primera vez emergió en un texto legislativo la expresión “protección de datos” (*Datenschutz*).

Inicialmente el término fue muy cuestionado: se le consideraba erróneo o, cuando menos, equívoco por referirse a la protección de los “datos” y no a la protección de las personas frente al uso de sus datos; pero poco a poco se iría afianzando por su sencillez y facilidad de uso, y recibiría el espaldarazo definitivo al ser acogido por el Consejo de Europa en el Convenio 108, que en el propio título ya deja claro que la finalidad de la protección de datos es, precisamente,

la protección de las personas; por lo que, aunque no le corresponda al Convenio la paternidad del término “protección de datos” como categoría jurídica, sí el mérito de haberle otorgado carta de naturaleza internacional y haber contribuido con ello a su generalización.

Por otra parte, la adopción el 28 de enero de 1981 en el seno del Consejo de Europa del Convenio 108, permitiría superar y reorientar el enfoque puramente nacional que a lo largo de la década de los 70 se había seguido en Europa. Varios estados se habían dotado de leyes de protección de datos (primero Suecia en 1973, y luego Alemania, Francia, Dinamarca, Noruega, Austria y Luxemburgo). Pero, aunque todas las legislaciones perseguían la misma finalidad, el peso de las tradiciones nacionales hacía que los planteamientos fuesen del todo coincidentes y por tanto existieran sensibles diferencias en sus regulaciones.

En este contexto, el Convenio 108, no sólo se erigiría en el primer texto internacional jurídicamente vinculante, sino que proporcionaría un modelo que inspirará las regulaciones que en los años siguientes adoptarían la mayoría de los estados europeos. En particular, su definición de los datos de carácter personal como “cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable” y su regulación de los principios que han de regir los tratamientos se convertirían en el estándar común europeo en la materia.

Junto al Convenio 108, el segundo basamento del modelo europeo de protección de datos lo colocó poco tiempo después el Tribunal Constitucional Federal Alemán con la conocida como *Volkszählungsurteil*, la Sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del censo. En ella, el Tribunal alemán, proclamó que del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad en conexión con la garantía constitucional de la intangibilidad de la dignidad humana se derivaba un nuevo derecho fundamental autónomo, el derecho a la “autodeterminación sobre la información personal” (*informationelle Selbstbestimmungsrecht*), derecho que tiene un contenido muy preciso y de gran relevancia porque “garantiza a cada individuo la facultad de decidir por sí mismo sobre la divulgación y el uso de sus datos personales”.

Con esta resolución el Tribunal constitucional alemán aportó una pieza esencial para la construcción dogmática del derecho que nos ocupa, que conduciría a un cambio de paradigma, primero en Alemania y, a la postre, en todo el ámbito europeo: de planteamientos que perseguían la protección de los derechos de las personas a través de imponer condiciones y límites a los tratamientos de sus datos, se pasaría a un modelo que parte del reconocimiento a los individuos de la titularidad de un derecho fundamental y, en consecuencia, se exige al legislador el establecimiento de un sistema de garantías que proporcione una protección eficaz del mismo.

El Convenio 108 y Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la ley del censo, por tanto, los dos pilares sobre los que se erige el modelo europeo de protección de datos.

Cuando una década más tarde, la Comunidad Europea se enfrentó al reto de instaurar el mercado interior, se hizo imprescindible reducir las diferencias entre las legislaciones estatales. Las libertades económicas (la libertad de movimiento de personas, servicios, mercancías y capitales) requerían, para ser efectivas, la libre circulación de los datos personales entre los Estados lo cual, a su vez, solo era posible si las legislaciones estaban armonizadas.

Con este fin se elaboró la Directiva 95/46/CE del Parlamento y del Consejo, cuya principal fuente de inspiración fue el Convenio 108 cuyos elementos esenciales incorpora y, combinándolos con otros procedentes de los Estados, configuró un sistema dotado de un considerable grado de coherencia con el que se perseguía asegurar un nivel de protección equivalente en todos los Estados y permitir el libre flujo transfronterizo de los datos personales que demandaba el mercado único.

Aunque el objetivo de la armonización nunca llegaría a alcanzarse plenamente debido a la desigual transposición que realizaron los Estados, bajo la vigencia de la Directiva se fue generando en Europa una cultura común de la protección de los datos personales y se iría construyendo un sistema de garantías que proporcionaría un nivel salvaguarda sin parangón en ninguna otra región del mundo. A ello contribuyeron de manera decisiva, justo es reconocerlo, las autoridades nacionales de supervisión y control.

La proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el 7 de diciembre del año 2000, aun tratándose inicialmente de un documento sin carácter vinculante, tendría una relevancia trascendental porque marcó la línea a seguir en los desarrollos posteriores. Al establecer en su artículo 8 que *“Toda persona tiene el derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan”*, consagró, por primera vez en un catálogo supranacional, el derecho a la protección de los datos personales como un derecho fundamental autónomo, confiriéndole una entidad propia y diferenciada del derecho a la vida privada.

Posteriormente, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 se daría el impulso definitivo al proceso de consolidación del derecho a la protección de datos como derecho fundamental en la Unión Europea. Por un lado, atribuyó a la Carta el mismo valor que los Tratados, con lo que los derechos que ésta reconoce (entre ellos, el de la protección de datos) adquirieron la condición de derecho primario, un rango cuasi-constitucional. Y por otro, atribuyó a las instituciones europeas (Parlamento y Consejo) una amplia competencia legislativa sobre la materia.

Ello allanó el camino a la -desde hacía tiempo pendiente- reforma del marco legislativo europeo para adaptarlo a los nuevos retos, derivados principalmente del desarrollo tecnológico y de la globalización y, para implantar un mayor grado de homogeneidad con vistas al desarrollo del mercado digital único europeo. Como es conocido, después de un dilatado y en ocasiones tortuoso proceso de debates que duró más de 4 años, finalmente, el 27 de abril de 2016 se aprobó el nuevo Reglamento General de Protección de Datos que deroga la Directiva del año 95 y desde el pasado mes de mayo rige con carácter general en todos los Estados de la UE, siendo obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable.

Pues bien, el nuevo Reglamento, que refuerza notablemente las garantías del derecho a la protección de datos, y en muchos aspectos es marcadamente innovador, mantiene íntegramente los principios generales del régimen jurídico de la Directiva que, a su vez, como hemos visto, derivan en gran parte del Convenio 108. Hay pues en la evolución del sistema europeo de protección de datos una clara e ininterrumpida línea de continuidad y el flamante nuevo Reglamento también hunde sus raíces en el vetusto Convenio 108.

Por otra parte, la aprobación del Reglamento General no privó en modo alguno de sentido al Convenio 108. En primer lugar, porque el Convenio también ha sabido adaptarse a los nuevos tiempos, mediante un proceso de modernización iniciado en 2011, justo cuando cumplía 30 años, y que ha concluido con éxito en mayo de este mismo año con la aprobación del que ya se conoce como el Convenio 108+, del que nos hablarán en el siguiente panel.

En segundo lugar porque, en paralelo al proceso de modernización, relanzó su vocación de universalidad, abriéndose a la adhesión de estados no europeos. Una evolución muy acorde con los tiempos actuales porque, por fortuna, cada año son más los países no europeos que apuestan por la protección de los datos personales como garantía esencial de los derechos fundamentales y se van dotando de legislación propia sobre la materia.

México ocupa un lugar muy destacado entre los países que se han tomado en serio el derecho a la protección de los datos personales. Lo reconoce su Constitución como un derecho fundamental, ha sido desarrollado y regulado en todos sus elementos por la Ley Federal de 2010 y la Ley General de 2017. Cuenta con una autoridad de supervisión y control configurada como organismo constitucional autónomo, el INAI, que ha desarrollado una ingente labor en los últimos años, no sólo para garantizar los derechos de los ciudadanos, sino también para promover en la sociedad mexicana una cultura de la protección de datos que resulta imprescindible para su efectividad. En incluso ha proyectado su actuación más allá de sus

fronteras, ejerciendo una intensa labor de liderazgo en la región desde la presidencia de la Red Iberoamericana de Protección de Datos.

De ahí que estuviera plenamente justificado que fuese invitado a formar parte del Convenio era, por así decir, un acto debido. Al igual que no sorprende que su candidatura haya sido evaluada de forma muy positiva.

Al adherirse al Convenio 108, México contribuye con su enorme peso específico a enriquecer y fortalecer una excelsa comunidad de países fuertemente comprometidos con el derecho a la protección de datos, a la vez que asume una gran responsabilidad: la de cumplir con uno de los estándares más elevados existentes en esta materia.

De esta decisión se derivarán sin duda notables beneficios, tanto para sus ciudadanos como para sus empresas y sus actores económicos en general. En el actual mundo globalizado, las actividades económicas generan continuos flujos de datos que no reparan en fronteras y ello plantea arduos retos a la hora de garantizar los derechos de los ciudadanos. La posibilidad de contar con la asistencia y la cooperación de las autoridades de más de 50 Estados que brinda el Convenio es una valiosísima ayuda a estos efectos.

Pero también las empresas y la economía mexicana notarán los efectos benéficos de la pertenencia al Convenio. Las obligaciones recíprocas que establece simplificarán los trámites tanto de las exportaciones como de las importaciones con los Estados parte del Convenio, favoreciendo así las relaciones económicas; y, por otro lado, la garantía de que se observarán los estándares del Convenio proporcionará un mayor grado de confianza a las empresas mexicanas en el contexto internacional.

Por último, aunque no en último lugar, representa un paso de gigante en el camino hacia el reconocimiento de la “adecuación” por parte de la Unión Europea que, como saben, vendría a suponer la equiparación a un Estado Miembro a efectos del libre movimiento de los datos personales, con todo lo que ello implica. La pertenencia al Convenio 108 no es condición suficiente, pero es un activo con un gran peso específico, reconocido expresamente en el considerando 105 del Reglamento. Dado que el TJUE ya dejó claro en la sentencia del caso *Schrems* que un nivel de protección “adecuado” no significa que haya de ser “idéntico”, sino que requiere que exista un sistema jurídico que, en su conjunto, garantice efectivamente un nivel de protección “equivalente” al vigente en la Unión, todo apunta a que, en el futuro, el canon para decidir sobre la adecuación no se va a diferenciar mucho de la nueva versión modernizada del Convenio 108.

Y concluyo ya, pues sólo me resta felicitar a México, a sus ciudadanos, a sus instituciones y muy especialmente al INAI por el importantísimo paso que acaban de dar y les animo a continuar en esta senda, avanzando e impulsando el progreso, en beneficio de la sociedad mexicana y de la comunidad internacional.

José Luis Rodríguez Álvarez

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid

Director del Máster en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la UCM