



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO,
FINANCIERO Y PROCESAL
FACULTAD DE DERECHO**

TESIS DOCTORAL

**LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL
EN LA UNIÓN EUROPEA Y SU TRATAMIENTO EN EL
MARCO DE LA COOPERACIÓN POLICIAL Y JUDICIAL
EN MATERIA PENAL**

DIMELZA ESCOBAR ABREGO

DIRECTOR:

LORENZO-MATEO BUJOSA VADELL

SALAMANCA, 2015

INTRODUCCIÓN

Actualmente existe un enorme flujo de información que circula constantemente sin que los afectados sean conscientes de ello, esta situación es susceptible de vulnerar algunos de los derechos básicos de la persona que puede ver reducido su ámbito de privacidad por el tratamiento inadecuado de sus datos personales. Poco era lo que se sabía antes de la protección de datos de carácter personal como un bien jurídico protegido, y solo se lo asociaba frecuentemente con la vulneración al derecho de la intimidad y la privacidad de la persona, es por ello que nos remontaremos un poco para ver cómo es que se ha configurado el derecho a la protección de datos desde que era considerado como un derecho derivado del derecho a la intimidad, para luego, por el avance de la tecnología y la capacidad de la misma para el almacenamiento de datos, configurarse como el derecho a la autodeterminación informativa hasta haber sido reconocido entre los llamados derechos fundamentales de tercera generación¹.

El avance tecnológico en los últimos años ha dado lugar a la multiplicación de la velocidad en el tratamiento de la información, a una gran capacidad de almacenamiento de las bases de datos y a la transmisión de datos de carácter personal; este último, al ser un derecho que se ha ido reconociendo en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, y con la influencia de la labor que se ha venido desarrollando legislativa y

¹ Pérez Luño expresa que “la estrategia reivindicatoria de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, los derechos en la esfera de las biotecnologías y respecto a la manipulación genética, el derecho a la calidad de vida o a la libertad informática. Así, se abre paso, con creciente intensidad, la convicción de que nos encontramos ante una *tercera generación* de derechos humanos que complementa a las dos anteriores, que se refieren a las libertades individuales y a los derechos económicos, sociales y culturales. Como dice el autor, es así que los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degeneración que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías”

jurisprudencialmente por diferentes instituciones como el Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, etc., ha obtenido reconocimiento de orden legal, se ha constitucionalizado en algunos casos y se ha visto incluido en varios instrumentos internacionales dentro del marco general de protección en la Unión Europea.

Entrando en concreto en el marco de la Unión Europea y el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, el aumento del intercambio de información se debe en gran parte a la finalidad de lograr una mayor eficacia en la prevención y persecución de delitos y formas graves de delincuencia como el terrorismo y el crimen organizado.

Este intercambio de información debe obedecer y cumplir las exigencias de la Unión Europea de protección de los derechos fundamentales a la vida privada y a la protección de datos.

Así es como notamos que las garantías relativas al tratamiento y protección de datos personales no han encontrado cabida en el proceso penal clásico. Como lo hemos manifestado, la protección de datos de carácter personal es una creación de Derecho europeo, iniciada por el Consejo de Europa e impulsada por la Unión Europea en el ámbito del llamado Derecho comunitario sin influencia ninguna en el Derecho procesal de los Estados Miembros. Después de los innumerables problemas suscitados a la hora de la colisión entre ambas materias – la protección de datos personales y el Derecho procesal- es en el Tratado de Lisboa y al amparo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que

la Comisión Europea ha empezado a trabajar en una propuesta de Directiva con incidencia directa en el proceso penal de los Estados Miembros. En la actualidad es la Directiva 95/46/CE es el marco jurídico de referencia en Europa, es la que sienta las bases para lograr la coordinación de las legislaciones nacionales aplicables en materia de protección de datos personales destinadas a garantizar la libre circulación de dichos datos entre los Estados miembros, en su momento fue traspuesta por los Estados de la Unión, sin embargo ha ido quedando obsoleta y superada, además que en su ámbito de aplicación no se incluían las actividades que tuvieran por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado y las actividades del Estado en materia penal.

En el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, al crearse instrumentos de cooperación internacional se han creado también sistemas de información contenedoras de una inimaginable cantidad de datos de carácter personal. En el caso de la legislación española es la Ley Orgánica de Protección de Datos la que de algún modo intenta regular la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y establece que es posible el tratamiento sin consentimiento de las personas afectadas en casos en los que resulte necesario para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, y establece también que los datos de carácter personal registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento, extremo que en la práctica no se cumple. Es la Agencia Española de Protección de Datos la que determina administrativamente si se cumplen o no las garantías establecidas para la protección de datos de carácter personal.

Otro tema que cuenta con especial atención en las leyes de protección de datos, y uno de los temas que la Unión Europea trata de regular de manera estricta, es el referente a la transferencia internacional de datos de carácter personal. Se trata de una tarea algo complicada ya que existen algunos países importantes que no cuentan con una regulación en este sector aun habiendo sido establecidos principios reguladores para las transmisiones de datos y tomando en cuenta el principio general de excepción equiparable, es decir que la transmisión es válida siempre y cuando el receptor de la información cuente con un sistema de garantías y protección equiparable al del Estado transmisor. Este punto también viene a causar un sinfín de complicaciones en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal a la hora de poder efectuar transmisiones internacionales con el fin de prevención o persecución de formas graves de delincuencia.

Como lo manifestamos antes, existen dos objetivos importantes en el tema objeto de nuestro estudio, para alcanzar ambos objetivos: El de la lucha contra la delincuencia transfronteriza mediante un intercambio de la información contenida en los ficheros para la investigación policial y judicial y el de la garantía necesaria para la protección de los derechos fundamentales, en especial el derecho a la protección de datos de carácter personal. Es de vital importancia que se logre una armonización legislativa en todos los Estados miembros.

Dejando claro que el problema en el pasado no ha sido la inexistencia de legislación aplicable a la salvaguarda de la información contenida en los ficheros creados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sino que se hace necesaria la existencia de una regulación de la protección de los datos personales contenidos en estos ficheros sobre cuestiones tales como la calidad de los datos, los fines para los que pueden ser utilizados o el acceso a los

datos, más específica y adecuada al fin para el que se han creado, es decir para la investigación de los delitos y para el adecuado desarrollo del posterior proceso penal.

La Comisión Europea viene trabajando en el tema los últimos años: en un principio buscó la pretendida armonización mediante la Decisión Marco 977/2008/JAI relativa a la Protección de Datos Personales tratados en el marco de la Cooperación policial y Judicial en materia penal, la cual no llegó a ser traspuesta por los Estados miembros al ser insuficiente para la adecuada garantía que se buscaba. En marzo de 2014 ha sido aprobada por el Parlamento Europeo la nueva regulación Europea sobre protección de datos de carácter personal, estando actualmente pendiente el visto bueno del Consejo.

La nueva regulación consta de dos propuestas legislativas: la primera, un reglamento general de protección de datos de carácter personal que cubriría la totalidad de los datos procesados en la Unión Europea, protegería y se aplicaría a los datos facilitados por los usuarios en redes sociales, compras por Internet y servicios bancarios online o las diferentes bases de datos de los clientes de cualquier empresa, el Reglamento General de Protección de Datos sustituirá a la vigente Directiva 95/46/CE y armonizará la normativa de Protección de Datos en los países miembros de la Unión Europea.

Y la segunda propuesta, la cual es el objeto principal de nuestro estudio: una directiva aplicada a los datos personales procesados en el marco de la cooperación policial y judicial, misma que estaría encaminada a la regulación de los datos personales en investigaciones penales.

Para la prevención, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales, es necesario que las autoridades competentes conserven y traten datos personales, recogidos en el contexto de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, más allá de ese contexto específico, con el fin de adquirir un mejor conocimiento de las tendencias y fenómenos delictivos, lo cual produce una colisión de derechos a la hora de la cesión de datos de carácter personal protegido como derecho fundamental.

El presente trabajo versa sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal desde su configuración como un derecho fundamental de tercera generación, pasando por los instrumentos internacionales que garantizan su protección y su nueva inclusión en la futura Directiva para el ámbito de las investigaciones penales.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El primer antecedente del derecho a la protección de datos, se encuentra en el derecho a la privacidad, que protege la vida privada y familiar. Este último es reconocido internacionalmente desde 1948, aun así el derecho a la protección de datos de carácter personal es un claro producto de la época actual en torno a la evolución de las nuevas tecnologías.

En las últimas décadas, el tema ha tenido una rápida evolución, principalmente por el uso de Internet y los riesgos que implica. El derecho a la protección de datos de carácter personal garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales, permitiéndole consentir su recogida y uso, así como a saber quién los posee y con qué finalidad.

Actualmente, la sociedad vive un cambio en la era de la globalización y las nuevas tecnologías, que hace que los individuos se relacionen entre sí de diversas maneras, y la información que fluye en dichas interacciones debe preservar derechos de la persona como la privacidad y la protección de datos personales.

SEGUNDA.- España ha sido un país de gran influencia en el tema y el ámbito jurídico no ha sido la excepción, por lo que no es de extrañar que a partir de la actual Ley Orgánica de Protección de Datos, el desarrollo de la normativa referente al derecho de protección de datos de carácter personal haya evolucionado, repercutiendo en el surgimiento de legislaciones similares en países latinoamericanos, en la mayoría de los cuales, existe el Habeas Data como una garantía constitucional y cuya diferencia reside en ser un Recurso que se promueve ante un órgano judicial, y no de un procedimiento de naturaleza administrativa, como es el caso de los países europeos.

TERCERA.- El marco jurídico español en materia de protección de datos de carácter personal está constituido fundamentalmente por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

La Constitución Española proporciona el marco habilitante del desarrollo de la normativa sobre protección de datos de carácter personal mediante el artículo 18.4 dando al legislador un mandato directo para efectuar la regulación sobre la materia, la cual se dio con la promulgación de la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal posteriormente derogada por la Ley 15/1999 de Protección de datos de carácter personal. La Ley pretende en definitiva garantizar la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales respetar las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, la intimidad, y contribuir al progreso económico y social, al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos.

CUARTA.- En el marco de la Unión Europea, es el ordenamiento constitucional de cada uno de los Estados miembros el que sostiene la regulación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, como lo fue en el caso español la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal mediante la cual se incorporó al ordenamiento jurídico español lo dispuesto por la Directiva 95/46/CE 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. Se destaca en la Directiva que los datos personales deben ser tratados de forma lícita, recogidos de forma ponderada con fines determinados explícitos y legítimos, exactos y adecuadamente conservados; se limita el tratamiento de los datos personales, que sólo puede efectuarse con el consentimiento inequívoco del interesado, o en los casos que resulte necesario en virtud de un interés preferente.

En el caso de ciertos datos personales, como los que revelen el origen racial, las opiniones políticas, creencias religiosas, la afiliación sindical, el tratamiento de la salud o la orientación sexual, se prohibirá el tratamiento de datos personales, a no ser que el interesado lo consienta. Se contempla también el derecho de oposición del afectado, en los casos que establezcan las leyes. Se garantiza a todos los interesados un derecho de acceso a la información procesada por los responsables del tratamiento, así como en su caso el derecho de rectificación, supresión o bloqueo.

Es así que la Directiva intenta abordar de una forma completa la materia, aunque existen otras normas comunitarias que la abordan de una manera parcial como lo hemos visto.

QUINTA.- El derecho a la protección de datos no es ilimitado, y de hecho la Constitución ha querido que por Ley, puedan fijarse los límites de tal derecho fundamental, límites que han de hallarse constitucionalmente previstos, por lo que el apoderamiento legal que permita a un poder público recoger, almacenar, tratar, y en su caso ceder los datos, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

Este reconocimiento de la protección de datos personales como derecho fundamental de la persona es desde luego una materia que interesa a la actividad judicial entendida en su conjunto, especialmente si se tiene en cuenta que la legislación española y europea en general contiene una amplísima definición de lo que se entiende por dato personal –cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables-, es decir, cualquier tipo de dato personal sea o no íntimo.

SEXTA.- Indudablemente son datos personales los que con frecuencia están presentes en las actuaciones policiales y judiciales y en otros muchos aspectos de funcionamiento de los Tribunales. Los datos de carácter personal forman parte de la actividad jurisdiccional, sirven de base para el funcionamiento de determinados registros públicos y permiten llevar a cabo diligencias fundamentales para la investigación criminal.

Por lo que toda actividad de enjuiciamiento lleva implícita la necesidad de tratar ciertos datos personales, ya sean relativos a las partes, delincuentes o víctimas de los delitos,

o bien pertenecientes a terceros, sean testigos, peritos, abogados u otros colaboradores de la Administración de Justicia. Y no pocos de esos datos recaen sobre cuestiones relativas a la ideología, afiliación sindical, religión o creencias, sino que hacen referencia al origen racial, salud o vida sexual de las personas, o a la comisión por éstas de infracciones penales o administrativas.

SEPTIMA.- El acceso a los datos personales es, imprescindible para la investigación criminal, lo que plantea situaciones especialmente complejas, dado que pueden verse afectados otros derechos fundamentales.

En todos estos supuestos, las posibilidades de actuación judicial en relación con los datos personales son amplias, aunque no por ello se pueden obviar las consecuencias que se derivan de la protección de datos.

OCTAVA.- Las normas analizadas y los instrumentos de cooperación para la prevención de la criminalidad en la Unión Europea que tienden a contribuir a la tarea de investigación y represión del delito no siempre resguardan el derecho a la protección de datos personales frente al manejo indiscriminado de la información, así como el secreto de las comunicaciones.

El tratamiento de datos personales con fines de seguridad y de investigación y persecución de delitos es imprescindible y debe ser tratado con mucha cautela a la hora de su regulación ya que de otro modo, la aplicación de medidas de control en forma ilimitada

podría dar lugar a la violación de derechos y garantías constitucionales reconocidas en tratados internacionales.

NOVENA.- El Reglamento General de Protección de Datos tiene como objetivo primordial una elevada protección de los datos personales de los ciudadanos europeos. Naturalmente existen novedades muy positivas como las enunciadas anteriormente que servirán para garantizar un nivel de protección de alta calidad en todos los Estados Miembros por lo que creemos que la propuesta de Reglamento General sobre protección de datos personales es adecuada para establecer un nivel de protección de la privacidad, basado en un marco legislativo único, capaz de hacer frente a los nuevos retos derivados de los avances tecnológicos de las últimas décadas, logrando la construcción de ciertos consensos mínimos, para una aproximación normativa en la materia como un marco conceptual común, una definición relativamente uniforme del ámbito de aplicación y unos mismos principios rectores del procesamiento de datos.

DECIMA.- La propuesta de Directiva como una acción en común para la regulación del derecho a la protección de datos de las personas físicas tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal viene a ser un instrumento necesario dentro del ámbito del Derecho comunitario mediante la cual se pretende aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, relativas a la protección de datos personales tratados con el fin de prevenir y perseguir de manera efectiva la delincuencia y, únicamente, en la medida en que sea pertinente o proporcional para la cooperación policial y judicial en materia penal, en virtud del principio de proporcionalidad.

Si no existiera una aproximación de las legislaciones de los Estados miembros con la que se garantice un nivel de protección semejante en dichos Estados, de un lado, y si dicha protección de los datos no se elevase, en respuesta a esta nueva forma de intercambio de la información, la prevención y lucha contra la criminalidad en la Unión Europea no resultaría tan eficaz ni legítima, ya que el tratamiento ilegítimo de los datos impediría su utilización como prueba en un ulterior proceso penal.

Y por otro lado la existencia de distintos e inferiores niveles de protección de datos en los Estados miembros, dificultaría el intercambio de información y, en consecuencia, se impediría el reforzamiento del principio de confianza mutua entre las autoridades competentes.

DECIMO PRIMERA.- La nueva legislación propuesta por la Comisión Europea en enero de 2012, actualiza la normativa actual, para reforzar la protección de datos personales y responder a los retos que suponen las nuevas tecnologías de la información, la globalización y la tendencia cada vez más extendida de utilizar datos personales en investigaciones penales.

Sin embargo hay un punto que aún queda incompleto y es el de conjugar la protección de datos de carácter personal con las medidas necesarias para la investigación y persecución del delito, por lo que se hace necesaria una reforma legal en el ámbito del proceso penal que incluya la protección de datos personales como una garantía del debido proceso.

DECIMO SEGUNDA.- Se hace necesario un adecuado marco procesal interno que tenga en cuenta un alto nivel de protección de datos en la investigación del delito y que procure que la recogida de los datos personales sea adecuada y así garantizar esos datos para su utilización como una prueba lícita en el desarrollo del proceso penal.

Se debe encontrar lugar en la legislación para la cesión de datos personales dentro la investigación criminal. No se trata de distinguir tratamiento de datos de carácter personal con o sin riesgo, sino, partir de la base de que es precisamente el riesgo siempre inherente al tratamiento de cualquier dato de carácter personal.

