

XVIII Edición del Premio Protección de Datos Personales de Investigación
de la Agencia Española de Protección de Datos

PREMIO 2014

**Recolección internacional
de datos personales:
un reto del mundo post-internet**

Nelson Remolina



AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN
DE DATOS



BOE

BOLETÍN OFICIAL
DEL ESTADO

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

Copyright © 2015

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

- © NELSON REMOLINA ANGARITA
- © AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS
- © AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

NIPO: 007-15-060-6
ISBN: 978 - 84 - 340 - 2196 - 9
Depósito Legal: M - 12202 - 2015.

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. Madrid 28050



EL AUTOR

NELSON REMOLINA ANGARITA es Doctor *Summa Cum Laude* en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Master en Leyes del London School of Economics and Political Sciences (LSE). Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes.

Recibió la “*Orden al Mérito Académico Javeriano*” (2015) por el sobresaliente desempeño académico durante sus estudios de Doctorado. Fue ganador del Premio Internacional Protección de Datos Personales de Investigación 2014, conferido por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) sobre trabajos originales e inéditos que traten acerca del derecho a la protección de datos en países iberoamericanos.

Es Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Cofundador (2001) y Director del GECTI -*Grupo de Estudios en “Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones & Informática”*- <http://gecti.uniandes.edu.co/> de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Fundador (2008) y Director del *Observatorio Ciro Angarita Barón sobre la protección de datos personales en Colombia* <http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/>. Director de la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes.

Experto invitado de la Red Iberoamericana de Protección de Datos Personales. Autor y coautor de libros y artículos sobre protección de datos personales, comercio electrónico, desmaterialización de títulos valores, alternativas de identificación digital y neutralidad tecnológica.

Email: nremolin@uniandes.edu.co

PRÓLOGO

La Agencia Española de Protección de Datos convoca anualmente los Premios de Investigación con el objeto de apoyar y difundir los textos que suponen una aportación destacada en relación con el derecho fundamental a la protección de datos. Esta obra, que tengo la satisfacción de presentar, ha sido distinguida con el Premio de la XVIII edición en la modalidad de trabajos que abordan diferentes aspectos de este derecho en países iberoamericanos. Su autor, el profesor colombiano Nelson Remolina Angarita, ha plasmado en ella una rigurosa y a la vez original investigación sobre los flujos internacionales de datos personales, uno de los ámbitos más directamente afectados por la irrupción de las nuevas tecnologías.

En las sociedades actuales, globalizadas y altamente tecnologizadas, se hace un uso cada vez más intenso de los datos personales, utilizando para ello unas capacidades de extracción y análisis en permanente crecimiento. El trabajo recogido en este libro aborda el fenómeno de la «recolección internacional de datos personales», un proceso que presenta rasgos comunes con las transferencias internacionales de datos personales y comparte algunos de los retos que estas plantean pero que, según el autor, requiere de una construcción jurídica propia. La figura se incorporó por primera vez en el texto de la Ley colombiana 1581 de 2012, de protección de datos personales, en su artículo 21.j), gracias precisamente a la investigación de Remolina y a la sugerencia que entonces presentó ante el regulador.

El autor destaca que la recolección internacional de datos alcanza su máxima expresión con la aparición y la expansión de internet. Para Remolina, cualquier persona con acceso a internet es potencialmente un recolector —nacional o internacional— de datos en cualquier parte del mundo, tratándose de una actividad que puede alcanzar un volumen potencialmente mayor que las transferencias internacionales a medida que aumenta la tasa de penetración de internet. Sin pretender dar soluciones cerradas, el autor llama la atención sobre los riesgos que plantea esta nueva realidad a la que las autoridades de protección de datos estamos prestando especial atención para seguir garantizando en los flujos internacionales unos niveles adecuados y suficientes de protección del derecho.

El jurado ha valorado particularmente la originalidad de la obra en la concesión del Premio porque proporciona los elementos teóricos para abordar el estudio de la recolección internacional de datos personales creando una definición jurídica de esta figura, estableciendo diferencias con las transferencias internacionales de datos y formulando propuestas para profundizar en las garantías de tutela de los derechos de los ciudadanos frente a estos tratamientos. A partir de esas líneas, el autor insta a reflexionar sobre el pluralismo terminológico en torno al derecho a la protección de datos, proponiendo para este la denominación de «derecho al debido tratamiento de los datos personales».

Recolección internacional de datos personales: Un reto del mundo post-internet aporta elementos de innegable actualidad, con un tratamiento riguroso y una gran claridad expositiva, cualidades propias de un autor que une a su condición de jurista, docente e investigador el hecho de ser una figura relevante de la Red Iberoamericana de Protección de Datos, a cuyo nacimiento hace más de diez años contribuyó de forma activa. Su papel en este foro le permite hablar con exactitud sobre el extraordinario e intenso desarrollo que ha experimentado la regulación del derecho a la protección de datos en Iberoamérica durante los últimos años. El profesor Remolina ha sido un testigo privilegiado de este apasionante proceso que ha convertido la región iberoamericana en la zona del mundo donde se ha producido una mayor expansión de este derecho.

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ÁLVAREZ
*Director de la Agencia Española
de Protección de Datos*

SUGERENCIAS Y PUNTO DE PARTIDA PARA FUTURAS INVESTIGACIONES

La recolección internacional de datos personales (RIDP) ha sido el tema en torno al cual surgieron las preocupaciones académicas que dieron lugar a nuestra investigación. Si bien las soluciones del tema no fueron objeto de análisis, queremos someter a consideración del lector, las autoridades y los reguladores las siguientes ideas que podrían ser un aporte para mejorar la protección de los derechos de los titulares de los datos personales frente a la RIDP.

Es justo y necesario señalar que sobre algunas de las ideas ya se ha avanzado y han sido impulsadas por, entre otras, las Autoridades de Protección de Datos y Privacidad (APDPr), aunque no se han presentado explícitamente como respuesta a la RIDP. Ninguna de las sugerencias es suficiente por sí sola. La sumatoria de ellas permitirá contar con más y mejores herramientas para alcanzar el cometido planteado.

Previa a la enunciación de las propuestas nos parece relevante dejar planteadas las siguientes consideraciones:

PUNTOS CARDINALES PARA EVITAR LA IMPUNIDAD SOBRE TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES EN EL CIBERESPACIO

Vivimos en un planeta fraccionado geográficamente pero fusionado tecnológicamente. La tasa mundial de acceso a internet avanza rápidamente. El Derecho y las Autoridades Nacionales de Protección de Datos Personales (ANPDP) tienen el gran reto de actuar a la misma velocidad de dicho fenómeno y con respuestas sensatas frente a esta realidad «sociotecnológica». Son insuficientes los mecanismos jurídicos del siglo XX para dar respuesta sensata a los retos del siglo XXI en materia de protección de datos personales.

Nuestro mundo está colmado de regulaciones locales y fundado en el funcionamiento de los sistemas jurídicos interfronteras. Adicio-

nalmente, existe una tradición doctrinal, regulatoria y hermenéutica de considerar la necesaria existencia del domicilio físico del responsable o del encargado del tratamiento como factor necesario para la aplicación de las normas locales. El mundo post internet reta dicho esquema en la medida que las conductas infractoras de los derechos humanos suceden más allá de nuestras fronteras porque las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han facilitado realizar cualquier actividad sin necesidad de estar domiciliado en cierto territorio.

No puede perderse de vista que nuestra sociedad es cada día más global ni dejar de tener en cuenta que las cosas que afectan a los ciudadanos de un país suceden fuera de las fronteras territoriales. Si desconocemos esta realidad fomentaremos la anarquía y la impunidad de todo lo que sucede en el ciberespacio. Por eso, es necesario reconocer explícitamente la RIDP en las regulaciones nacionales e internacionales y trabajar en función de la misma como se ha hecho para el caso de las transferencias internacionales de datos personales (TIDP). Pero, en este caso, es crucial pensar y actuar globalmente porque la RIDP es un fenómeno de naturaleza transfronteriza de difícil control por parte de las autoridades locales.

El ciberespacio no es un lugar inmune a las autoridades y a las regulaciones locales. No obstante, su característica transfronteriza genera retos y obliga a replantear los sistemas jurídicos cuyas normas y autoridades, en algunos casos, se circunscriben a un territorio delimitado geográficamente. El ciberespacio está erosionando y desintegrando esos límites. Las autoridades y los reguladores deben replantear sus esquemas jurídicos para operar eficientemente en el ciberespacio. El mundo ha cambiado y por eso no pueden seguir haciendo más de lo mismo.

Vivimos en el ciberespacio pero aún no somos conscientes de ello ni de sus consecuencias. El ciberespacio está en la tierra desde que se empezó a masificar el uso de internet en el mundo. Debemos revisar las herramientas jurídicas actuales para que sean útiles en ese escenario global, transfronterizo y tecnológico en donde, valga decirlo, es poco o nada lo que se puede hacer en algunos casos reales para garantizar el respeto de los derechos de las personas por parte de otros sujetos ubicados fuera del territorio de los Estados.

NI «TECNOFOBIA» NI «TECNOFASCINACIÓN» PERO SÍ «TECNORREFLEXIÓN»

No es sensato plantear las cosas en términos de «tecnofobia» o «tecnofascinación». Siempre será bienvenida la innovación y el desarrollo fundado en el respeto de los derechos humanos y la dignidad humana. La «tecnofascinación» ciega y acrítica conlleva muchos riesgos. No debemos ser sujetos sumisos y conformistas con lo que algunos quieren hacer con nuestros derechos y nuestras vidas. Si dejamos que nos lleve la corriente es factible que nuestros derechos cada vez sean menos —o desaparezcan— y que nos toque pagar por ellos. Es necesario despertar y reaccionar para reivindicar el respeto de nuestros derechos.

No debemos ceder frente a la pretensión de comercializar los derechos humanos y transformar a las personas en objetos, bienes o mercancías. Siempre existirán cosas por hacer a pesar de la inundación masiva de tecnologías en nuestra sociedad y de la imposición de políticas de algunos participantes del mercado que pretenden moldear el derecho a la luz de sus intereses. Cualquier paso que demos será importante para reivindicar el respeto de los derechos humanos. En este sentido, compartimos lo planteado por Federico Monteverde para quien «*la defensa de los derechos humanos nunca es tarde y siempre vale la pena*»¹ (Destacamos y subrayamos).

PROPUESTAS DE NATURALEZA REGULATORIA LOCAL

Continuar promoviendo la regulación del derecho fundamental del debido tratamiento de datos personales en los países del mundo (60 %) que aún no tienen normas generales de tratamiento de datos personales. Esta es una tarea enorme pero de fundamental trascendencia para lograr que en cualquier parte del mundo existan elementos jurídicos para exigir el debido tratamiento de los datos personales.

¹ Frase pronunciada el 29 de enero de 2015 por el Doctor Federico Monteverde —Experto Uruguayo— durante su intervención en el congreso internacional organizado por el InfoDF en la Ciudad de México con ocasión del día internacional de la protección de datos personales.

En adición a la incorporación de los principios e instituciones reconocidos en documentos internacionales sobre tratamiento de datos, es crucial que en dichas regulaciones se:

- a) reconozca explícitamente la RIDP para empezar a trabajar en función de la misma como se ha hecho para el caso de las TIDP,
 - b) prevea que su ámbito de aplicación también cubra a los responsables o encargados del tratamiento que no se encuentran domiciliados en el país del titular del dato, y
 - c) establezca que los recolectores de datos ubicados en un país deben respetar los derechos y las regulaciones de los titulares de los datos personales que recolectan de otros países.
- Revisar el campo de aplicación de las regulaciones nacionales existentes para establecer si las mismas pueden aplicarse a los responsables y encargados no domiciliados en el país del titular del dato. En caso negativo, modificar dicho aspecto de las leyes para que las autoridades locales puedan contar con herramientas jurídicas que les permita actuar en casos de recolección internacional de datos y exigir a quienes no estén domiciliados en su país el cumplimiento de las normas locales sobre tratamiento así actúen desde otros países.

El tratamiento de datos personales y no el lugar de domicilio del responsable o encargado debe ser otro factor para determinar el campo de aplicación de las leyes nacionales. Si se establece que mediante herramientas tecnológicas se ha recolectado datos de una persona por parte de otra domiciliada en otro país, ello es suficiente para que se aplicable la ley del país del titular del dato.

- El campo de aplicación de las normas locales no puede limitarse a la existencia de los domicilios físicos nacionales de los infractores porque sería un criterio retrógrado y cómplice para que reine la injusticia y se patrocine los tratamientos indebidos de datos personales que pueden realizar fácilmente personas ubicadas fuera de las fronteras de cada Estado. El ámbito de aplicación de las leyes sobre protección de datos no puede patrocinar la impunidad e irresponsabilidad de quienes obran ilícitamente en internet.

Las ANPDP deben tener competencia y campo de acción contra «ciberinfractores» ubicados en otros países.

PROPUESTAS REGULATORIAS INTERNACIONALES Y DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL

- Es importante la existencia de instrumentos jurídicos internacionales vinculantes a todos los países del mundo. Esto es algo que desde hace tiempo han solicitado en varias ocasiones las Autoridades de Protección de Datos y Privacidad, lo cual se recalcó en la resolución de Varsovia de 2013 titulada «la Protección de Datos y la Privacidad deben asegurarse mediante el Derecho Internacional»². No tenemos nada que agregar sobre lo dicho en ese documento sino unirnos a las ideas del mismo sin perder de vista que la diferencia de enfoques internacionales sobre la protección de datos y los intereses en juego hace muy difícil que en el corto plazo se logre dicho cometido.
- En los futuros textos internacionales y en la revisión de los existentes debe incorporarse explícitamente la RIDP como una situa-

² Cfr. Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. 2013. Resolución la protección de datos y la privacidad deben asegurarse mediante el derecho internacional. 35.^a Conferencia internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. Varsovia. También véase, entre otras, las siguientes declaraciones de la Autoridades de Protección de Datos y Privacidad: Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. 2005. Montreux declaration. The protection of personal data and privacy in a globalised world: a universal right respecting diversities. 27.^a Conferencia internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. Montreaux; Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. 2008. Resolución relativa a la urgente necesidad de proteger la privacidad en un mundo sin fronteras, y de alcanzar una propuesta conjunta para el establecimiento de estándares internacionales sobre privacidad y protección de datos personales. Conferencia internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. Estrasburgo; Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. 2010. Resolution calling for the organisation of an intergovernmental conference with a view to developing a binding international instrument on privacy and the protection of personal data. 32.^a Conferencia internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. Jerusalem.

ción igual o más relevante que las TIDP que requiere respuestas desde el derecho internacional. La existencia de más de tres (3) billones de potenciales recolectores internacionales demanda la regulación de la RIDP a escala internacional y al más alto nivel.

- También es necesario fortalecer la cooperación internacional³ entre las autoridades de protección de datos personales u otras autoridades que tengan competencia para proteger los derechos de las personas frente al tratamiento indebido de su información. No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que para potencializar las bondades de la cooperación es necesario ampliar el número de sujetos que pueden cooperar en esta materia ya que, según los resultados de esta investigación, sólo el 36 % de los países del mundo tienen ANPDP.

PROPUESTAS SOBRE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

- Los riesgos globales sobre el tratamiento indebido de datos personales también pueden mitigarse si contamos con ANPDP que tengan recursos y competencias suficientes para poder cumplir sus funciones frente a situaciones transfronterizas. Desde luego,

³ Esta también es una herramienta sobre la cual han insistido las Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. Véase, entre otras: Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. 2007. *Resolution on international cooperation*. 29.^a Conferencia internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. Montreal; Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. 2011. *Resolution on privacy enforcement coordination at the international level*. 33.^a Conferencia internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. Ciudad de México; Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. 2013. *Resolución sobre coordinación internacional para la aplicación de la ley*. 35.^a Conferencia internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. Varsovia; Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. 2014. *Resolución sobre cooperación para hacer cumplir la ley*. 36.^a Conferencia internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. Mauricio; Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. 2014. *Acuerdo de cooperación transfronteriza para hacer cumplir la ley en materia de protección de datos y privacidad*. 36.^a Conferencia internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad. Mauricio.

también sería bienvenida la existencia de autoridades internacionales de protección de datos que se ocupen de estas situaciones pero mientras ello sucede nos parece importante reiterar la necesidad de revisar los campos de aplicación de las normas locales y la interpretación sobre el alcance de los mismos para asegurar que las Autoridades Nacionales de Protección de Datos Personales (ANPDP) puedan actuar contra «ciber recolectores» no domiciliados físicamente en sus territorios.

- Otro aspecto clave en este punto es dejar claro que cualquier autoridad del mundo puede recibir y tramitar quejas por indebido tratamiento de sus datos por parte de recolectores internacionales domiciliados en el país de la ANPDP. Con esto buscamos que en todo el mundo existan ANPDP con competencia internacional —además de la nacional—.
- Igualmente, los mecanismos para que las personas puedan acudir a las ANPDP deberían ser sencillos, expeditos y gratuitos. Es importante que, por ejemplo, sea suficiente la presentación de la queja vía internet y que no se deba actuar, necesariamente, mediante abogado o que sea necesaria la presencia física del titular ante la autoridad o que se le exija ser de determinada nacionalidad. Si se crea un mecanismo complejo y de difícil acceso para el efecto significaría negarle, en la práctica, al ciudadano de otro país que ejerza sus derechos.

PROPUESTAS DE NATURALEZA CULTURAL Y EDUCATIVA

Creemos que la respuesta a los retos de la RIDP no es solo de naturaleza regulatoria sino educativa y cultural. Si formamos adecuadamente a nuestros hijos y adultos (nativos y emigrantes digitales) es probable que disminuya la posibilidad de que ellos sean víctimas de los recolectores internacionales. Si queremos hacer algo por nuestros (as) hijos (as) y las futuras generaciones de ciudadanas y ciudadanos es crucial empezar a educarlos adecuadamente para que aprendan a vivir en una sociedad llena de TIC y con apetito por los datos personales.

La forma inteligente de proteger los derechos de las personas es evitando su vulneración o amenaza. Por eso, los principales actores

de la educación en cualquier parte del mundo (el gobierno y la familia) y las autoridades de protección de datos deben enfocar sus esfuerzos para educar a los niños, las niñas y adolescentes para que, entre otros, se conviertan en protectores de su propia información frente a los eventuales recolectores internacionales de datos.

Pero no se trata de una labor fugaz y superficial. No. Lo que se quiere es una solución de fondo y permanente de manera que se genere una conciencia y una cultura ciudadana de la protección de nuestros derechos frente al tratamiento indebido de nuestros datos. Así las cosas, es necesario incluir éste y otros temas en los programas académicos de los colegios y las escuelas de todas partes del mundo para que nuestros (as) niños (as) tomen decisiones informadas respecto del uso de las TIC, de su información y la de los demás. La educación en estos temas, recalamos, debe ser permanente (no esporádica) porque el escenario social y tecnológico del siglo XXI es sustancialmente diferente al del siglo pasado.

PROPUESTAS DE NATURALEZA TECNOLÓGICA

Consideramos que frente a problemas que surgen con ocasión del uso de herramientas tecnológicas las respuestas también deberían ser de la misma naturaleza. Percibimos que existe una asimetría en el uso de la tecnología por parte del recolector frente al titular del dato. Si esto es así, se debería dotar a éste último de mecanismos tecnológicos para contrarrestar la recolección de sus datos por parte de terceros.

Concretamente, se debería enseñar a las personas cómo proteger tecnológicamente su información. Normalmente el internauta navega en internet de manera desprevenida y sin ninguna precaución de seguridad respecto de sus datos. Si éste navega con medidas de seguridad apropiadas es posible reducir la tasa de recolección de sus datos en la red. En suma, un reto surgido por el uso de la tecnología también debería tener respuesta de naturaleza tecnológica.

Esta obra analiza la magnitud e incidencia de la recolección internacional de datos personales (RIDP). Muestra cómo estamos frente a un fenómeno potencialmente mayor que las transferencias internacionales de datos, sin que hasta la fecha exista un reconocimiento explícito de la RIDP por parte de las regulaciones internacionales.

El autor hace un llamado para reaccionar prontamente frente a los eventuales riesgos que genera el indebido tratamiento de datos personales a que nos exponemos frente a los más de tres billones de potenciales recolectores internacionales de datos personales.

El Profesor Remolina recalca que el Derecho y las Autoridades Nacionales de Protección de Datos Personales tienen el gran reto de actuar con respuestas sensatas frente a la actual realidad «sociotecnológica». Para él, es necesario reconocer explícitamente la RIDP en las regulaciones nacionales e internacionales y trabajar en función de la misma como se ha hecho para el caso de las transferencias internacionales de datos personales.

Enfatiza que el ciberespacio no es un lugar inmune a las autoridades ni a las regulaciones locales. Precisa que no debemos ser sujetos sumisos y conformistas con lo que algunos quieren hacer con nuestros derechos y nuestras vidas. Si dejamos que nos lleve la corriente es factible que nuestros derechos cada vez sean menos —o desaparezcan— y que nos toque pagar por ellos. Es necesario despertar y reaccionar para reivindicar el respeto de nuestros derechos y de la dignidad humana.

ISBN 978-84-340-2199-9



9 788434 021969