

CAPÍTULO XIII

TRANSPORTE AÉREO Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES: ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LOS *PASSENGER NAME RECORD* (PNR)*

Patricia MÁRQUEZ LOBILLO

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil
Universidad de Málaga*

SUMARIO: I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL TRANSPORTE AÉREO DE PASAJEROS: ¿SEGURIDAD *VERSUS* PROTECCIÓN?—II. DEL CONCEPTO DE DATOS PERSONALES Y DE SU CONCRECIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS DATOS FACILITADOS POR EL PASAJERO.—III. LOS DEBERES DE LAS COMPAÑÍAS DE TRANSPORTE AÉREO RESPECTO DE LOS DATOS PERSONALES RECABADOS DE LOS PASAJEROS EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE PASAJE: ALGUNAS CONSIDERACIONES.—IV. OBLIGACIONES DEL TRANSPORTISTA CONTEMPLADAS EN LAS NORMAS ESPECÍFICAS DE DERECHO AÉREO Y PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL: 1. El deber del transportista de portar una lista de pasajeros y de la tripulación. 2. Protección de datos e investigación de accidentes e incidentes en la aviación civil. 3. Protección de datos y obligación de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública.—V. ¿PROTECCIÓN DE DATOS Y PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA TERRORISTA? EL *PASSENGER NAME RECORD* (PNR): 1. La creación de un Registro de Nombre de pasajeros europeo: la difícil decisión que se eterniza o que se ralentiza: 1.1. La fundamentación de la necesidad de crear un PNR y su relación con el derecho a la protección de datos. 1.2. Examen de la Propuesta de Directiva PNR desde la perspectiva del derecho a la protección de datos personales. 2. Transferencia Internacional de datos personales: especial referencia a la transferencia del registro PNR: 2.1. Transferencia Internacional de datos: la garantía de un nivel de tutela equivalente como *conditio sine qua non*. 2.2. Los Acuerdos con terceros Estados sobre transferencia de los registros PNR: especial consideración de los problemáticos Acuerdos con Estados Unidos.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de los Proyectos de investigación «La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: competencia, liberalización y responsabilidad» (IP: M.^a V. PETIT LAVALL), Subproyecto «Responsabilidad y seguridad en el transporte aéreo. Especial referencia a la protección del pasajero» (IP: M.^a J. GUERRERO LEBRÓN), MEC 2013-2015, DER 2012-37543- C03-03.

I. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL TRANSPORTE AÉREO DE PASAJEROS: ¿SEGURIDAD *VERSUS* PROTECCIÓN?

El derecho a la protección de datos de carácter personal, reconocido en el art. 8 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea y en el art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y derivado directamente del art. 18 de nuestra Constitución, tiene como objetivo atribuir al ciudadano la facultad de controlar y la capacidad de disponer y decidir sobre sus datos personales¹.

Posee una doble vertiente. Negativa o pasiva, en cuanto determinación por parte del interesado de los datos que pueden ser objeto de suministro y ulterior tratamiento², con especial atención a los denominados datos sensibles³; y, positiva o activa, íntimamente relacionada con el tratamiento de la información, como condicionante de la protección, y con la posibilidad de ejercitar frente al mismo los denominados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición).

Se pone de manifiesto, en definitiva, una «amalgama de facultades» que permiten al titular controlar y llevar un seguimiento de sus datos personales una vez que los mismos hayan sido objeto de tratamiento por parte de un empresario o de la Administración⁴.

En el ámbito que nos ocupa, el transporte aéreo de pasajero, las compañías encargadas de su realización pueden proceder a la recopilación y tratamiento de datos de carácter personal. Bien porque resulte imprescindible para dar cumplimiento a la obligación contractual que asumen; o bien, porque la recopilación de información es ineludible a fin de poder cumplir con las exigencias que imponen las normas especiales de Derecho aeronáutico.

Así las cosas, como cualquier otro sujeto que lleve a cabo la recopilación y tratamiento de datos de carácter personal, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia⁵, las compañías aéreas están obligadas a respetar los principios de protección de datos y a asegurar el correcto tratamiento de los mismos. Esta obligación no sólo resulta exigible cuando el manejo lo lleve a cabo

¹ Vid. STC núm. 290/2000, de 30 de noviembre.

² No podemos olvidar que el tratamiento de los datos es condición imprescindible para que operen los mecanismos legales de protección que contienen las normas reguladoras de la materia. Nos referimos, a cualquier actuación o proceso técnico que, con independencia de que se realiza de manera automatizada o no, hace posible que la información que se considera datos de carácter personal, pueda recopilarse, grabarse, conservarse, e incluso, modificarse, bloquearse o cancelarse, incluyendo, además, los supuestos en los que la información es objeto de cesión a terceros. Vid. arts. 1, 2.1 y 3.c) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD).

³ A los que hace referencia el art. 7 de la LOPD.

⁴ BALLESTEROS MOFTA, L., «Hacia el difícil equilibrio entre la privacidad y la seguridad: la conservación de datos en las comunicaciones electrónicas y la transferencia de datos de pasajeros por las compañías aéreas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 137, 2008 (BIB 2008/56).

⁵ LOPD y Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RLOPD, en adelante).

por sí misma, sino también en aquellos casos en los que se efectúe por medio de un encargado y/o cuando los ceda a entidades que colaboran con ella en el desarrollo de su actividad empresarial, como pueden ser las empresas de reclamación de equipajes, o las de *handling*⁶. Debe quedar clara, en este sentido, la diferencia entre el responsable del tratamiento de los datos y del fichero⁷, y el encargado de la realización de dicho tratamiento⁸, en tanto este último actúa por cuenta del primero y sobre la base de una relación contractual pactada expresamente para el desarrollo de dicha actividad⁹.

El derecho a la protección de datos de carácter personal, en el sentido expuesto, es quizás uno de los más afectados como consecuencia del desarrollo de los avances tecnológicos y científicos¹⁰, entre los que puede incluirse, el transporte aéreo. No queremos con ello afirmar que los titulares de este derecho se hayan quedado total y absolutamente desamparados, sino que dichos avances, sobre todo tras la implantación del mercado único digital, propician la existencia de medios que facilitan la posible vulneración del derecho que analizamos¹¹.

Debemos ser conscientes, además, de que a pesar de la importancia del derecho a la protección de datos de carácter personal y de la grave afectación o vinculación del mismo con la intimidad de las personas, no se trata de un derecho de carácter absoluto. El prelegislador comunitario así lo pone de relieve en la PRGPD'2015 (Considerando 3 bis), cuando afirma que «debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad».

En el ámbito del transporte aéreo, en concreto, su existencia y garantía debe convivir, de forma casi obligada, con la necesidad de proteger la seguridad aérea, evitando actos de interferencia ilícita contra las aeronaves y sus pasajeros y tripulaciones, en el aire o en tierra¹².

⁶ VÁZQUEZ RUANO, T., «El deber de las compañías aéreas de garantizar la seguridad de la información de los pasajeros», en PETIT LAVALL, M.ª V.; MARTÍNEZ SANZ, F., y RECALDE CASTELLS, A. (dirs.), y PUETZ, A. (coord.), *La nueva ordenación del mercado del transporte*, Madrid, 2013, p. 693.

⁷ *Ex art. 3 LOPD* sería aquella persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

⁸ *Ex art. 5 LOPD* sería la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

⁹ VÁZQUEZ RUANO, T., «El deber de las compañías aéreas...», *op. cit.*, p. 695, trayendo a colación la norma prevista en el art. 12.2 LOPD, afirma que, no cabe reconocer la categoría de encargado al que acceda a los datos personales por tener una vinculación profesional de carácter laboral con el responsable del tratamiento o del fichero.

¹⁰ Se ha afirmado, en este sentido, que frente a la utilidad y versatilidad de las nuevas tecnologías, se alza su potencial acción destructora de los derechos más elementales del hombre, entre los que se citan, de forma expresa, los derechos a la protección de datos personales y la libertad informática. *Vid. BALLESTEROS MOFTA, L.*, «Hacia el difícil equilibrio entre la privacidad y la seguridad...», *op. cit.*

¹¹ Consciente de ello, de hecho, se encuentra en tramitación, actualmente preparándose un planeamiento general en el Consejo Europeo (a fecha 11 de junio de 2015, expt. 9565/15), la Propuesta de Reglamento, del Parlamento Europeo y del Consejo, 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 (Reglamento general de protección de datos, en adelante PRGPD'2015), COM (2012) 11 final.

¹² Destacan, en este sentido, las medidas de control impuestas en el Reglamento (CE) núm. 300/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil.

Los atentados del 11-S marcaron, como todos sabemos, un antes y un después en lo que a seguridad aérea se refiere, provocando que la mayoría de los Estados adoptasen sistemas especiales cuyo objetivo no era otro que elevar los niveles de seguridad aérea¹⁵. En esta situación de controles de seguridad intensificados surgen herramientas de facilitación¹⁴, con la clara intención de establecer mecanismos modernos y eficaces que contribuyan a garantizar la seguridad de la aviación civil internacional. Entre los mecanismos establecidos destacan aquellos cuya principal finalidad es la identificación de los pasajeros, mediante procesos automatizados que, de alguna forma, pueden afectar a la protección y al tratamiento de sus datos de carácter personal. Así, entre los principales, los sistemas de información anticipada sobre los pasajeros (API)¹⁵ y, más recientemente, los registros de nombres de pasajeros (PNR)¹⁶.

Se impone, en consecuencia, la necesidad de analizar los mecanismos legales establecidos para que, en el ejercicio de su actividad y cumpliendo las obligaciones, que en aras de protección de la seguridad aérea se les imponen, las compañías de transporte aéreo lleven a cabo una adecuada y legal recopilación y tratamiento de la información que, solicitada a sus clientes tiene la condición de dato de carácter personal; es necesario, además, conocer en qué medida y con qué garantías pueden establecerse sistemas o mecanismos que pudiendo conculcar el derecho a la protección de datos, garanticen la seguridad del espacio aéreo.

Con esta finalidad, y partiendo de la extrapolación del concepto de dato personal a aquellos que son facilitados por el pasajero a los efectos de concertar un contrato de pasaje o en cumplimiento de las previsiones sobre aviación civil

¹⁵ En el ámbito de la Unión Europea destacan, los denominados SIS o Sistemas de información de Schengen, cuyo objetivo es mantener la seguridad pública, incluida la seguridad nacional; y los VIS o Sistemas de Información de Visados, cuyo objetivo es ayudar a aplicar una política de visados común; así como los sistemas API o de información previa de pasajeros. Todos ellos tienen como finalidad primordial la verificación de la identidad de los pasajeros, y la gestión de las fronteras. *Vid.* Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves, COM (2011) 32 final, de 2 de febrero de 2011 (en adelante Propuesta de Directiva PNR).

¹⁴ *Vid.* el Anexo 9 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, hecho en Chicago en 1944.

¹⁵ Una explicación detallada de estos sistemas y de las directrices o SARPS que han de aplicarse para su correcta y uniforme implantación podemos encontrar en la Nota de prensa presentada por la Secretaría de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) para la Conferencia de Alto Nivel sobre Seguridad de la Aviación, Montreal 12 a 14 de septiembre de 2012, rubricada «Información anticipada sobre los pasajeros (API) y su función en la seguridad de la aviación» (HLCAS-WP/2).

¹⁶ Se ha afirmado de los PNR que constituyen una herramienta de facilitación bastante más perfeccionada que los API y totalmente diferenciable de los mismos. Los datos API son información biográfica que figura en la parte de lectura óptica del pasaporte y se refieren al nombre y apellidos, el lugar de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte y la fecha de expedición, mientras que, como veremos, el grado de información que ofrece un PNR es mucho más amplio. Así lo reconoce la Comisión en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva sobre el PNR, para justificar la importancia que, en orden a la prevención del terrorismo y de otros delitos que contempla, tiene el tratamiento de los datos mediante este tipo de Registro.

Vid. nota de prensa presentada por la Secretaría de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) para la Conferencia de Alto Nivel sobre Seguridad de la Aviación, Montreal 12 a 14 de septiembre de 2012, rubricada «Los datos de los registros de nombres de los pasajeros (PNR) y su función en la seguridad de la aviación» (HLCAS-WP/5).

internacional, a fin de poder acceder a un determinado territorio¹⁷, analizaremos brevemente las imposiciones legales sobre recopilación y tratamiento de datos personales.

Sentadas estas bases, y poniendo nuestra atención en las normas de Derecho aeronáutico, analizaremos las obligaciones que derivadas de las mismas pueden conculcar el derecho a la protección de datos, con examen del tratamiento legislativo y de las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones legales.

Abordaremos en nuestro trabajo uno de los aspectos más relevantes y problemáticos de la protección de datos en el transporte aéreo: la aprobación de un régimen jurídico uniforme para la recopilación, tratamiento y cesión de los datos contenidos en los registros PNR. Sobre esta base y, para concluir, se aludirá a otra materia no menos controvertida, la celebración de acuerdos internacionales sobre transferencia de datos contenidos en los registros de PNR de las compañías aéreas europeas que realicen desplazamientos a los territorios con los que se ha suscrito los mismos, con especial atención, por la problemática que han suscitado, a los Acuerdos con Estados Unidos.

II. DEL CONCEPTO DE DATOS PERSONALES Y DE SU CONCRECIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS DATOS FACILITADOS POR EL PASAJERO

Conforme a lo establecido en los arts. 3.a) LOPD y 5.1.d) RLOPD¹⁸ dato de carácter personal es, cualquier información concerniente a las personas físicas, identificada o identificables, sea de carácter numérico, alfabético, gráfico, acústico o de cualquier otro tipo¹⁹.

¹⁷ Conforme a lo establecido en el art. 13 del Convenio de Chicago, los pasajeros tienen la obligación de respetar las disposiciones sobre entrada, salida y permanencia del Estado en cuyo territorio se encuentren, siendo éste, por tanto, el competente para determinar qué información considera necesaria en relación con las personas a las que permite la entrada y permanencia en su territorio. *Vid.* OACI, *Guidelines on Passenger Name Record (PNR) Data*, Doc. 9944, 2010, p. 1. En tal caso, conforme a lo establecido en la Práctica Recomendada 3.48, contenida en el Anexo 9 al mencionado Convenio, los Estados que requieran acceso al PNR deberán conformar sus requerimientos de información y manejarla de acuerdo con las Directrices aprobadas por OACI. *Vid.*, en este sentido, los principios generales que se establecen en el Capítulo I del Anexo 9 al Convenio.

¹⁸ *Vid.* art. 2.a) de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, 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 (DPD).

¹⁹ El Tribunal Constitucional, en su Sentencia de 30 de noviembre de 2000, incluye en el concepto de dato de carácter personal «a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas

Para que una información o dato pueda ser considerado como tal se impone la concurrencia de un doble requisito: su existencia y que el mismo pueda vincularse a una persona determinada o determinable²⁰.

Es decir, tendrán la consideración de personales, tanto los datos que permiten la identificación directa de la persona, su nombre, apellidos, dirección postal, número personal de identificación (DNI o pasaporte, por ejemplo), teléfono de contacto, datos bancarios y de pago, etc.; como aquellos otros que permiten que la persona, el pasajero en nuestro caso, pueda ser identificado de forma indirecta o teniendo en cuenta otros elementos adicionales, como podrían ser la información acerca de su viaje, sus preferencias en este sentido, su dirección IP²¹, su e-mail (personal o profesional), su huella digital, su propia imagen²², los datos de un familiar con el que contactar en caso de accidente, etcétera.

Así las cosas, parece indudable que las informaciones y datos solicitados por las compañías aéreas a los pasajeros, sea porque los mismos son imprescindibles para celebrar el contrato de pasaje o porque se recomienda su recopilación en cumplimiento de las normas especiales, merecen la consideración de datos de carácter personal, en el sentido de las normas protectoras de los mismos²³, y serán objeto de protección por ellas siempre que se cumplan el resto de los requisitos que imponen y que, como no puede ser de otra forma, su tratamiento no esté excluido del ámbito de protección de dichas disposiciones²⁴.

Nos referimos, en el primer apartado, a la información que por imperativo de los arts. 3 CV²⁵, 3 CM²⁶ y 92 LNA²⁷ deben figurar en el billete de pasaje; así

circunstancias constituya una amenaza para el individuo». Así se ha pronunciado, igualmente, en su Sentencia de 11 de febrero de 2013.

De forma detallada, sobre el concepto de datos personales y la tipología de los mismos SEMPERE SAMANIEGO, F. J., *Comentarios prácticos a la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea*, 2013, pp. 55 y ss.

²⁰ Conforme a lo establecido en el art. 2.a) DPD una persona es identificable cuando su identidad puede determinarse, directa o indirectamente, y, en particular mediante «el número de identificación o uno o varios documentos específicos característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social». Se indica además, en el Considerando 26 de la norma, que para determinar si una persona es identificable se deberán tener en cuenta «el conjunto de medios que puedan ser razonablemente utilizados por el responsable del tratamiento o por cualquier otra persona para identificar al titular de los datos».

²¹ Sobre la consideración de la IP como dato de carácter personal, se ha pronunciado la AEPD en su Informe 327/2003, al que se puede acceder en la siguiente dirección electrónica, http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2003-0527_Car-aa-cter-de-dato-personal-de-la-direcci-oo-n-IP.pdf.

²² *Vid.* Dictamen 4/2004 Grupo de Autoridades de Protección de Datos, creado por el art. 29 de la DPD, de 20 de junio de 2007 (en adelante, Grupo de Trabajo del art. 29). En idéntico sentido, Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) de 2 de febrero de 2015 (expte. 02476-2014); de 24 de febrero de 2015 (expte. 0158-2014; o de 27 de febrero de 2015 (proced. A-0028-2014), entre otras muchas, en relación, con la imagen, por entender que la misma no sólo suministra información sobre la persona, sino sobre el lugar en el que la misma se ha captado y la actividad que está desarrollando.

²³ VÁZQUEZ RUANO, T., «El deber de las compañías aéreas...», *op. cit.*, p. 694.

²⁴ *Vid.* en relación con el ámbito material de aplicación las exigencias del art. 2 LOPD.

²⁵ Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Varsovia el 12 de octubre de 1929.

²⁶ Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999.

²⁷ Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación aérea.

como a la que, conforme a los arts. 4 CV, 4 CM y 94 LNA, se incluye en el talón de equipajes.

Son datos de carácter personal, además, aquellos que se incorporan a la lista de pasajeros que obligatoriamente ha de portarse en la aeronave, desde la reforma introducida en el art. 20.4 LNA («Cuando lleve pasajeros o carga, lista de los nombres de los pasajeros y lugares de embarque y puntos de destino y manifiesto y declaración de carga»). Exigencia contemplada, como veremos, en el art. 29.f) del Convenio de Chicago.

A ella habrá de añadirse, la información que consta en el registro API o en el PNR²⁸, en el caso de que la misma tenga la condición de dato personal por cumplir los requisitos indicados anteriormente.

III. LOS DEBERES DE LAS COMPAÑÍAS DE TRANSPORTE AÉREO RESPECTO DE LOS DATOS PERSONALES RECABADOS DE LOS PASAJEROS EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE PASAJE: ALGUNAS CONSIDERACIONES

Aun partiendo de que la información facilitada por un pasajero, en el momento de concertar un contrato de pasaje, tiene la consideración de dato de carácter personal, debemos tener en cuenta que no siempre la protección de los mismos se va a producir mediante el recurso a los mecanismos que, a tal efecto, se establecen en la LOPD y en RLOPD. Para que dichas normas entren en juego es necesario que los datos recabados por la compañía de transporte aéreo hayan sido objeto de registro en un soporte físico susceptible de tratamiento (arts. 2.1 y 1 LOPD).

Además, no siempre los datos obtenidos por las compañías van a quedar comprendidos en el ámbito de las normas, pues no podemos olvidar que la misma excluye de su ámbito «a los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada»²⁹, aunque se imponga al

²⁸ Ante la ausencia de normativa expresa, por el momento, nos remitimos al contenido que para los mismos se prevé en el Anexo I de las Recomendaciones de OACI, de 2010. De forma prácticamente idéntica, *vid.* Anexo de la Propuesta de Directiva relativa al PNR de 2011.

No podemos olvidar, además, que como ha indicado el Grupo de Trabajo del art. 29, muchos de los datos que se incluyen en el mencionado registro tienen la condición de sensibles, mereciendo la protección que el ordenamiento dispensa en orden a su recopilación y tratamiento. Así Dictamen 6/2002 relativo a la transmisión de listas de pasajeros y otros datos de compañías aéreas a los Estados Unidos, aprobado el 24 de octubre de 2002; Dictamen 4/2003 relativo al nivel de protección garantizado en los Estados Unidos para la transferencia de datos de pasajeros, aprobado el 13 de junio de 2003; Dictamen 8/2004 sobre la información a los pasajeros relativa a la transferencia de datos PNR sobre los vuelos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América, adoptado el 30 de septiembre de 2004; en el Dictamen 1/2005 sobre el nivel de protección garantizado por Canadá para la transmisión de expedientes de viajeros y de información anticipada sobre viajeros por parte de las compañías aéreas, adoptado el 19 de enero de 2005.

²⁹ Nos remitimos al detallado estudio realizado por GALÁN MUÑOZ, A., «La protección de datos de carácter personal en la prevención, investigación y represión de delitos: hacia una nueva orientación de la política criminal de la Unión Europea», *Diario La Ley*, núm. 8356, de 17 de julio de 2014 (La Ley 4619/2014), quien afirma que, nuestro legislador, optó por una doble vía para la protección de los datos personales, la general y garantista, amparada en el poder de disposición del titular de los datos y

responsable del mismo la notificación de su creación, características generales y finalidad a la Agencia de Protección de datos [art. 2.2.c)]³⁰.

Sentada esta base, en el marco de la relación contractual que deriva de la celebración de un contrato de pasaje, con carácter previo al tratamiento de los datos de carácter personal, la compañía de transporte aéreo³¹ habrá de cumplir los que se consideran principios fundamentales en orden a la protección de dichos datos. Así, en primer lugar, deberá informar al interesado y, en segundo lugar, recabar su consentimiento.

El derecho-deber de información se regula en el art. 5 LOPD, con el objetivo de que el interesado conozca³² previamente, de forma expresa y precisa³³, de la existencia del fichero, de la finalidad de la obtención de los datos, de la posibilidad de ejercitar los derechos ARCO y del sujeto responsable del tratamiento y custodia de la información.

Para poder proceder al tratamiento de los datos la compañía deberá recabar³⁴ el consentimiento expreso, libre, inequívoco e informado del pasajero [arts. 6

en el ejercicio de los derechos ARCO; y la especial, que quedaba al margen de la general y de sus garantías por entenderse que «los tratamientos a los que estaba referida no podrían cumplir con los fines para los que se realizarían (la prevención, investigación y represión de delitos) si el titular de los datos sobre los que recayesen (p. ej., un sospechoso) conservase sobre los mismos todos los derechos que la normativa general le otorgaba».

³⁰ Es decir, los ficheros derivados del PNR, respecto de los cuales debemos diferenciar, en nuestra opinión, la finalidad con la que se ha creado. Es evidente que las compañías de transporte crean registros PNR con la finalidad de prestar los servicios que les son propios, realizar su actividad comercial e incluso mejorar las condiciones que ofrecen a sus pasajeros. Estos registros han de cumplir, estrictamente las previsiones contenidas en las normas generales sobre protección de datos personales. Cuando la finalidad del registro se limite, como veremos, a la lucha y prevención del terrorismo y otros delitos, entendemos que la protección de los datos personales habrá de acomodarse a las previsiones especiales contenidas en la Decisión Marco 2008/977/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

³¹ En orden a la determinación del ámbito territorial de aplicación de nuestra LOPD debemos tener en cuenta lo establecido en el art. 2 LOPD.

³² La importancia de este deber es tal que, si los datos no se hubieran recabado directamente del interesado, se impone el deber del responsable del fichero o de su representante, de informarle al respecto en el plazo de tres meses contados desde el momento del registro de los datos (art. 5.4 en relación con el art. 5.5 LOPD).

³³ No se prevé en el texto legal, ni en el reglamentario, el medio o cauce que ha de utilizar la compañía de transporte para dar cumplimiento a esta exigencia. Parece, en este sentido, viable cualquier procedimiento que garantice que el interesado va a poder acceder a la información que exige la norma y en las condiciones que la misma contempla. *Vid.* STS de 15 de julio de 2010 (RJ 2010/6271).

En el supuesto en el que la contratación del pasaje se lleve a cabo a través de Internet es indudable que dicha información habrá de incluirse en la página de inicio, perfectamente identificada como tal, directamente o por medios de hipervínculos, de tal forma que el pasajero deba acceder a ella obligatoriamente en el momento de la contratación e incluso posteriormente, en cualquier momento, debiendo además ser posible su almacenamiento, impresión, etc. Sobre este particular nos remitimos a nuestro trabajo «El consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 282, octubre-diciembre de 2011.

³⁴ El legislador vuelve a omitir referencia expresa al procedimiento conforme al cual han de recabarse los datos, ausencia que pone de relieve, como ha apuntado la doctrina, la importancia de un cumplimiento adecuado del deber de información garantista de que la obtención del consentimiento se ha efectuado conforme a los parámetros legales. *Vid.* VÁZQUEZ RUANO, T., «El deber de las compañías aéreas...», *op. cit.*, p. 697.

y 7 (este último en relación con los denominados datos especialmente sensibles, para los que se prevé un consentimiento que puede calificarse como reforzado) LOPD]³⁵.

La compañía no podrá, por otro lado, solicitar al pasajero la información que estime conveniente, sino sólo aquella que reúna los requisitos de adecuación, pertinencia y proporcionalidad en relación con el ámbito y la finalidad explícita, determinada y legítima para la que se han obtenido los datos (art. 3 LOPD), entre las que se incluye, especialmente en el ámbito que analizamos, y como no puede ser de otra forma, el cumplimiento de un deber legal, plasmado en algunas normas sobre seguridad aérea que analizaremos en este trabajo.

Abocadas, casi por imposición legal, a la creación de ficheros de datos personales³⁶, las compañías de transporte aéreo, en su calidad de responsables³⁷, deberán, además, cumplir el resto de las exigencias que en orden a la creación; seguridad; custodia; secreto; notificación e inscripción; tratamiento con fines comerciales³⁸, etc., se prevén en los arts. 25 y ss. de la LOPD. La materia no presenta especialidades en el transporte aéreo dignas de reseñar, más allá de las relativas a la movilidad internacional de datos, a la que haremos la oportuna referencia al analizar los Acuerdos internacionales sobre registro de nombres de pasajeros.

Mención especial merece, en nuestra opinión, la referencia a los criterios para que las compañías puedan ceder o comunicar los datos, previstos en el art. 11 LOPD, por la necesidad, relevante en el transporte aéreo, de diferenciarla del acceso por cuenta de terceros a los datos, a la que hace referencia el art. 12, pues si bien en ambos casos los datos se revelan a un tercero, la finalidad de uno y otro puede ser completamente diferente, toda vez que nuestro legislador condiciona la segunda a que sea necesaria para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento, legítimo y lícito³⁹. Es más, exige la celebración de un acuerdo entre el responsable y el tercero en el que de forma expresa se ha de indicar que

En el caso de contratación electrónica del pasaje entendemos que el consentimiento al tratamiento de los datos deberá efectuarse pulsando, de forma expresa, en el icono destinado al efecto en la página *web* de la compañía de transporte, sin que sea posible continuar el procedimiento de contratación, en caso de que el futuro pasajero no acepte, en la forma que indicamos.

³⁵ *Vid.*, por todas, STC núm. 290/2000, de 30 de noviembre. Sobre el consentimiento, *vid.* Dictamen 15/2011, de 13 de julio, del Grupo de Trabajo del art. 29. En la doctrina, de forma detallada, SEMPERE SAMANIEGO, F. J., *Comentarios prácticos...*, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

Salvo los supuestos excepcionados en el apartado 2 de la norma. Debemos tener presente que el pasajero podrá oponerse, en tales casos, al tratamiento, siempre que el mismo no venga impuesto por una norma legal (art. 6.4). *Vid. infra* sobre el deber de las compañías de portar a bordo de las aeronaves una lista de pasajeros con una determinada información, consagrado en un conjunto considerable de disposiciones legales, respecto de los cuales ponemos en duda la posibilidad de ejercer el derecho de oposición que prevé la LOPD, sin perjuicio, como es lógico, del posible ejercicio del resto de los derechos contemplados.

³⁶ *Vid. infra* en relación con la obligación de crear una lista de pasajeros y las especialidades exigidas por las normas de Derecho aéreo.

³⁷ *Vid.* art. 3.d) en relación con el art. 3.g) LOPD. *Vid. supra*.

³⁸ En el ámbito de la contratación *on line* no podemos olvidar las especificaciones que, sobre comunicaciones comerciales se contemplan en los arts. 22 y ss. de la Ley 34/2002, de 16 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

³⁹ Tales como los servicios que prestan las empresas gestoras de los SIR, las de *handling* o aquellas encargadas de la devolución de equipajes.

«el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas».

Por último, como cualquier otro sujeto, los pasajeros tienen el derecho a ejercitar los denominados derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición), en las condiciones establecidas en la LOPD y en su Reglamento. Ejercicio que, en nuestra opinión, no presenta especialidades dignas de ser puestas de relieve, más allá de las especificaciones que en este sentido pueda establecer la normativa aérea que se irán indicando a lo largo de este trabajo, por lo que nos remitimos a lo establecido en la normativa de los datos de carácter personal.

IV. OBLIGACIONES DEL TRANSPORTISTA CONTEMPLADAS EN LAS NORMAS ESPECÍFICAS DE DERECHO AÉREO Y PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

1. El deber del transportista de portar una lista de pasajeros y de la tripulación

Conforme a lo establecido en el art. 29.f) del Convenio de Chicago, toda aeronave de un Estado contratante, que se emplee para la navegación internacional, que traslade pasajeros, deberá llevar a bordo una lista con el nombre de los pasajeros y lugares de embarco y de destino. El art. 34, por su parte, exige además que en la aeronave viaje un diario de a bordo, en el que se harán constar los datos relativos a la tripulación y al viaje en sí, en la forma en la que oportunamente se prescriba en aplicación del Convenio⁴⁰.

Así se contempla, además, en el apartado 3 del art. 20 de nuestra norma sobre navegación aérea; y, si bien este último no hace referencia, en ningún momento, al diario de a bordo, la exigencia del mismo puede inferirse de lo establecido en el apartado 4, cuando se refiere a cualquier otro documento que reglamentariamente se determine. En este sentido, se impone en el art. 21 del Reglamento de Registro y matrícula de aeronaves⁴¹.

La condición de datos de carácter personal de la información contenida en la lista de pasajeros es indudable, como lo es que tal catalogación ha de darse a la información contenida en el diario de a bordo de la aeronave. La compañía de transporte aéreo deberá, en consecuencia, cumplir las normas sobre protección de datos en orden al tratamiento de la mencionada información, en las condiciones que hemos analizado anteriormente.

⁴⁰ En orden a la facilitación de datos *vid.* Capítulo 3 del Anexo 9 al Convenio de Chicago.

⁴¹ Real Decreto 384/2015, de 22 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de matriculación de aeronaves y Orden FOM/1687/2015, de 30 de julio, por la que se establecen disposiciones complementarias sobre las marcas de nacionalidad y matrícula de las aeronaves civiles. *Vid.* GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., «La aeronave», en MORILLAS JARILLO, M.^a J.; PETIT LAVALL, M.^a V., y GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., *Derecho aéreo y del espacio*, Madrid, 2015, pp. 439 y ss.

2. Protección de datos e investigación de accidentes e incidentes en la aviación civil

El legislador comunitario, en el Considerando 4 del Reglamento sobre investigación y prevención de accidentes⁴² sienta la base que ha de servir de fundamento al tratamiento de cualquier tipo de información que pueda obtenerse en el marco de la norma: «la prevención de futuros accidentes e incidentes». Con esta finalidad y durante el desarrollo de las oportunas investigaciones, las autoridades encargadas de este menester habrán de recabar las correspondientes informaciones, datos y elementos, muchos de ellos con la condición de personales en el sentido que analizamos.

Entre ellos, se encuentra, precisamente, la lista de pasajeros y otros datos que pueden tener la consideración de sensibles, respecto de la que el legislador establece, expresamente, la necesidad de protegerlos frente a usos o divulgaciones no autorizadas (Considerando 30).

Respecto de la lista de pasajeros, nuestro legislador Europeo reitera la obligación del transportista de crearla, en el sentido analizado anteriormente, toda vez que impone que una copia de la misma, debidamente validada, sea puesta a disposición de la autoridad investigadora en los plazos y conforme al procedimiento previsto en el art. 20. Parece limitar, de forma poco acertada en nuestra opinión, la finalidad con la que puede usarse la mencionada lista o registro, toda vez que señala que será utilizada para ponerse en contacto con los familiares o con las unidades médicas que puedan necesitar información sobre los tratamientos de las víctimas (apdo. 2 del art. 20).

Los datos o información sensible se recogen en el art. 14.1 del Reglamento: declaraciones de personas; documentos que puedan identificar a los testigos; información recabada por la autoridad competente, de índole especialmente sensible y personal, incluida la relativa a la salud; el material presentado durante el transcurso de la investigación, borradores del informe preliminar, declaraciones provisionales⁴³; y los registros de voz de cabina de las unidades de control del tránsito aéreo.

Se impone, en la norma comunitaria, el respeto absoluto al Derecho de la Unión regulador de la protección de los datos personales (Considerando 34) y se contempla la imposición de sanciones frente a todo aquel que en infracción de la Norma, divulgue información protegida (Considerando 35). De hecho, el art. 14.1 impone, de forma expresa, la imposibilidad de que se publiquen o se usen, para finalidad distinta de la prevista en el Reglamento, los registros a que

⁴² Reglamento (UE) núm. 996/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre, sobre investigación y prevención de accidentes e incidentes en la aviación civil y por el que se deroga la Directiva 94/56/CEE. De forma prácticamente idéntica, arts. 18 y 19 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (LSA). *Vid.* ARNALDO VALDÉS, R. M.^º; GUERRERO LEBRÓN, M.^º J., y CUERNO REJADO, C., *Descubrir la investigación de accidentes aéreos*, Madrid, 2012, *passim*; PETIT LAVALL, M.^º V., y GUERRERO LEBRÓN, M.^º J., «La gestión de los accidentes aéreos», en MORILLAS JARILLO, M.^º J.; PETIT LAVALL, M.^º V., y GUERRERO LEBRÓN, M.^º J., *Derecho aéreo y del espacio*, Madrid, 2015, pp. 715 y ss.

⁴³ Es obvio que el mismo, no siempre permitirá una identificación directa de la persona, pero no es menos evidente que, en la mayoría de los casos sí, cuanto menos de forma indirecta.

hace referencia, reseñados anteriormente, salvo que⁴⁴: la administración de justicia o la autoridad competente para decidir sobre la divulgación de los mismos conforme al Derecho Nacional, decida que los beneficios compensan el efecto adverso nacional o internacional de dicha acción, para la investigación en curso o para cualquier otra futura (art. 14.3); y el Derecho nacional del Estado miembro permita la comunicación a otro Estado de los mencionados datos para fines distintos de la investigación de seguridad⁴⁵, imponiéndose, en tal caso, la obligación de recabar el consentimiento del Estado comunicante para el tratamiento o divulgación de dichos registros, siempre con sujeción al Derecho del Estado que los reciba. Se establece, en cualquier caso, el límite o la imposibilidad de divulgar datos más allá de los estrictamente necesarios para la excepción que se contempla (art. 14.4).

Se prohíbe, además, la divulgación o puesta a disposición pública de la lista de pasajeros accidentado sin consentimiento expreso de sus familiares (art. 20.4).

La norma europea sobre accidentes aéreo hace referencia a otro fichero que puede contener datos de carácter personal y que se crea en el caso la compañía solicite, y el pasajero consienta, expresamente entendemos, con la finalidad de recabar el nombre y la identidad de una persona con la que contactar más rápidamente en caso de accidente. Dicha información sólo podrá ser utilizada en el supuesto de producirse la desgracia, prohibiéndose de forma expresa su comunicación a terceros y su utilización con fines comerciales (art. 20.3).

Es indudable, que, en relación con los mencionados ficheros, el pasajero podrá ejercitar, en cualquier momento, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, a los que hemos hecho referencia.

La infracción de las normas analizadas dará lugar a las oportunas sanciones de conformidad con lo establecido en el Título V de la LSA (arts. 43 y ss.), teniendo en cuenta el hecho concreto y el sujeto que haya llevado a cabo la conducta, por remisión expresa del art. 23 de la norma comunitaria.

3. Protección de datos y obligación de combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública

El legislador comunitario, con el objetivo de luchar eficazmente contra la inmigración ilegal y mejorar el control transfronterizo, aprobó la Directiva reguladora de la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (Directiva API)⁴⁶, incorporada al ordenamiento español en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, conforme a la reforma llevada a cabo en la misma en 2009⁴⁷.

⁴⁴ *Vid.* art. 19 LSA.

⁴⁵ Pensemos por ejemplo en la prevención de actos terroristas.

⁴⁶ Directiva 2004/82/CE, de 29 de abril, del Consejo, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.

⁴⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

El art. 66.1 de la norma española de transposición consagra la obligación de las compañías aéreas, de remitir, a las autoridades españolas encargadas del control de entrada, la información relativa a los pasajeros que vayan a ser transportados, tanto si se trata de transporte de tránsito, como si el destino final del mismo se encuentra en territorio español. La exigencia de este deber no puede entenderse, en ningún caso, genérica, predicable de cualquier contrato de transporte, o de cualquier pasajero. Muy al contrario, el legislador condiciona su exigencia a la determinación por parte de las autoridades españolas; a que la ruta de procedencia se sitúe fuera del espacio Schengen, y que en dichas rutas la intensidad del flujo migratorio lo haga necesario; y a que se pretenda combatir la inmigración ilegal y garantizar la seguridad pública.

La información indicada deberá ser remitida en el momento de finalizar el embarque y antes de la salida del vuelo, por medios telemáticos o por cualquier otro en el caso de que no sea posible este último recurso.

El fichero contendrá los siguientes datos personales: nombre y apellidos, fecha de nacimiento, nacionalidad, número de identificación (pasaporte o documento de viaje que garantice la identidad y tipología del mismo), paso fronterizo de entrada, código de transporte, horario del vuelo, lugar inicial de embarque y número de personas transportadas.

Los mencionados datos serán almacenados por las autoridades encargadas del control de entrada en un fichero temporal, que se borrará tras la entrada y en un plazo de 24 horas desde su comunicación, salvo necesidades en el ejercicio de sus funciones.

Se impone, además, *ex art. 66.2*, el deber de las compañías de enviar a las autoridades españolas encargadas del control de entrada, información comprensiva del número de billetes de vuelta que no han sido utilizados por los pasajeros que previamente hubieren transportado a España de rutas procedentes de países fuera de Schengen, con independencia de que el transporte sea de tránsito o con destino a España. Dicha información podrá comprender, para el caso de pasajeros no nacionales de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o con los que no exista convenio internacional que extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados, el nombre, apellidos, fecha de nacimiento, número de pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad. En este caso, la información deberá ser remitida en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas desde la caducidad del billete.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los arts. 66.1 y 2 de la Ley Orgánica analizada se considera infracción muy grave⁴⁸, sancionable económicamente con multas que pueden llegar a los 100.000 euros por cada viaje realizado sin haber comunicado los datos de las personas transportadas o habiéndolos comunicado incorrectamente, con independencia de que la Autoridad

⁴⁸ Salvo que se trate del transporte hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de protección internacional, ésta le sea admitida a trámite, de conformidad con lo establecido en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (art. 54.3 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España).

gubernativa pueda adoptar la inmovilización, incautación y decomiso del medio de transporte, o la suspensión provisional o retirada de la autorización de explotación. Se atenderá, como no puede ser de otra forma, a criterios de proporcionalidad para la graduación de la sanción, teniendo en cuenta el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia (art. 55). Se prevé, además, la posibilidad de adoptar medidas cautelares (art. 61.2).

V. ¿PROTECCIÓN DE DATOS Y PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA TERRORISTA? EL *PASSENGER NAME RECORD* (PNR)

1. La creación de un Registro de Nombre de Pasajeros europeo: la difícil decisión que se eterniza o que se ralentiza

1.1. *La fundamentación de la necesidad de crear un PNR y su relación con el derecho a la protección de datos*

Consciente del importante aumento de las amenazas terroristas y del incremento de actos delictivos de especial importancia, consumados o frustrados, que tienen como objetivo el transporte internacional de pasajeros, y del peligro que ello supone para la seguridad aérea y terrestre, el legislador comunitario lanzó una Propuesta de Directiva Comunitaria⁴⁹ con el objetivo de regular la utilización de datos que forman parte del registro de pasajeros (PNR) a fin de prevenir, detectar, investigar y enjuiciar tales conductas⁵⁰.

⁴⁹ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la utilización de datos del registro de datos del registro de nombres de pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos terroristas y delitos graves, COM (2011) 32 final, de 2 de febrero de 2011.

Con anterioridad a la misma, en el año 2003, la Comisión ya planteó la necesidad de encontrar urgentemente una solución a los problemas derivados de la solicitud de datos de PNR, afirmando que cualquiera que se adoptase debía pasar por un enfoque global en el que se ponderasen todos los elementos en juego, desde la lucha antiterrorista, hasta las relaciones con los terceros países, pasando como no podía ser de otra forma de la tutela de los datos y de los demás derechos de los pasajeros. *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2003) 826 final, de 16 de diciembre de 2003, sobre «Transferencia de datos de los registros de nombres de los pasajeros (PNR): un enfoque global de la Unión Europea». Así se reiteró, además, en la Propuesta de Decisión marco, del Consejo, sobre utilización de los datos del registro de nombre de pasajeros con fines represivos, de 6 de noviembre de 2007 [COM (2007) 654 final].

Los elementos esenciales de la política de la Unión en esta materia fueron presentados en la Comunicación de la Comisión, de 21 de septiembre de 2010, COM (2010) 492 final, «Sobre un enfoque global de la transferencia de datos de los registros de nombres de los pasajeros (PNR) a los terceros países.

⁵⁰ El registro de PNR se define en el apartado c) del art. 2 de la Propuesta, «una relación de los requisitos de viaje impuestos a cada pasajero, que incluye toda la información necesaria para el tratamiento y el control de las reservas por parte de las compañías aéreas que las realizan y participan en el sistema PNR, por cada viaje reservado por una persona o en su nombre, ya estén contenidos en el sistema de reservas, en sistemas de control de salidas (DCS) o en sistemas equivalentes que posean las mismas funcionalidades». Su posible contenido se detalla en el Anexo del Proyecto legislativo. Así: 1) localizador de registro PNR; 2) fecha de reserva/emisión del billete; 3) fecha o fechas de viaje previstas; 4) nombre(s) y apellido(s); 5) dirección y datos de contacto (número de teléfono, dirección de correo electrónico); 6) los datos de pago, incluida la dirección de facturación; 7) itinerario completo del

Tres son los argumentos en los que el legislador fundamenta la necesidad de elaborar una norma de esta naturaleza⁵¹. El primero, la utilidad de los registros PNR para que los servicios con funciones coercitivas puedan identificar a personas que previamente no eran sospechosas de estar implicadas en la comisión de los delitos reseñados. El segundo, su facilidad para prevenir, detectar, investigar y enjuiciar delitos graves, después de la comisión de los mismos, para lo que es necesario la utilización de los mencionados datos en tiempo real, a fin de contrastarlo con otras bases de datos. El tercero, su idoneidad para que antes de la llegada de los pasajeros estos servicios puedan realizar una evaluación y un control más detallado de aquellos que, conforme al criterio de evaluación objetivo y a la experiencia previa, puedan suponer una amenaza para la seguridad.

Que los datos contenidos en dicho registro tienen la consideración de personales (el nombre, dirección, teléfono, los datos de pago, etc.), e incluso, en muchos casos de «personales sensibles»⁵², como sucede con la información sobre menores que viajan solos, no merece duda alguna, sea porque permiten la identificación directa de los pasajeros; o sea porque permitirían la identificación del pasajero teniendo en cuenta otros elementos (así, el número de asiento en el vuelo, la condición de pasajero asiduo, la agencia donde se ha adquirido el billete, etc.)

La difícil relación entre el derecho a la protección de datos y otros derechos, libertades o garantías que están íntimamente relacionadas con la necesidad de proteger el espacio aéreo, o, en el caso que nos ocupa, con la presunción de inocencia, se pone de nuevo sobre la palestra.

El legislador europeo entienden que la creación de un registro de esta naturaleza es imprescindible para «prevenir, detectar, investigar y enjuiciar eficazmente los delitos terroristas y los delitos graves y para mejorar, en consecuencia, la seguridad interior»⁵³. Otros organismos⁵⁴, como veremos, consideran que la Propuesta conculca los principios del derecho a la protección de datos personales, por lo que no debiera salir adelante.

La contraposición de intereses, la imposibilidad de acuerdo, ha provocado un importante freno en la tramitación de la norma, que ha estado paralizada

viaje para el PNR específico; 8) información sobre viajeros asiduos ; 9) agencia de viajes/operador de viajes; 10) situación de vuelo del pasajero: confirmaciones y paso por el mostrador de facturación, no comparecencia o pasajeros de última hora sin reserva; 11) información PNR escindida/dividida; 12) observaciones generales (incluida la información disponible sobre menores de dieciocho años no acompañados como nombre y sexo del menor, edad, idioma o idiomas que habla, nombre, apellidos y dirección de contacto del acompañante en el aeropuerto de salida y vínculos con el menor, nombre, apellidos y dirección de contacto del acompañante en el aeropuerto de llegada y vínculos con el menor, agente en el lugar de salida y de llegada); 13) información sobre el billete, incluidos el número del billete, la fecha de emisión, los billetes de ida sólo y la indicación de la tarifa de los billetes electrónicos (*Automatic Ticket Fare Quote*, ATFQ); 14) datos del asiento, incluido el número; 15) información sobre códigos compartidos; 16) toda la información relativa al equipaje; 17) número de viajeros y otros nombres de viajeros que figuran en el PNR; 18) cualquier información recogida en el sistema de información previa sobre los pasajeros (sistema API); 19) todo el historial de cambios de los datos PNR indicados en los núms. 1 a 18.

⁵¹ Vid. Considerandos 5, 6 y 7 de la Propuesta de Directiva PNR.

⁵² Los pronunciamientos del Grupo de Trabajo del art. 29, en este sentido, son numerosos, como hemos indicado anteriormente. Vid. *supra*.

⁵³ Vid. Considerandos 6 y 7 de la Propuesta.

⁵⁴ Vid. *infra*.

prácticamente hasta los actos terroristas de enero de 2015 en Francia, hechos que han reavivado el debate sobre la necesidad de contar con un registro de esta naturaleza a nivel europeo.

Necesidad que debiera pasar, como no podría ser de otra manera, por el adecuado establecimiento de un marco jurídico compatible y respetuoso con los principios europeos en materia de protección de datos contemplados en la Decisión Marco 2008/977/JAI⁵⁵. No podemos olvidar, en este sentido, que los ficheros creados para la investigación del terrorismo y formas graves de delincuencia organizadas quedan excluidos del régimen de protección que proporciona la DPD y sus normas de transposición, *ex art.* 3.2 DPD, incorporado en el art. 2.2.c) LOPD.

1.2. Examen de la Propuesta de Directiva PNR desde la perspectiva del derecho a la protección de datos personales

Partiendo de que la recogida, utilización y conservación de datos PNR no está regulada a nivel comunitario, de que sólo determinados Estados de la Unión cuentan con disposiciones *ad hoc* y de que a pesar de dicha carencia normativa los datos contenidos en estos registros se están utilizando para prevenir, detectar, investigar y enjuiciar delitos graves, terroristas y no terrorista, el legislador comunitario propone en la Propuesta de Directiva PNR un régimen armonizador de las disposiciones de los Estados miembros relativas a la obligación de las compañías aéreas que efectúen vuelos con terceros países y al menos un Estado miembro de la Unión de transmitir los datos PNR a las autoridades competentes, con la finalidad indicada anteriormente.

Partiendo del principio de proporcionalidad en el tratamiento de los datos personales y del respeto a los derechos a la protección de los mismos, a la intimidad y a la no discriminación⁵⁶, el legislador pone de relieve que su objetivo no es introducir obligaciones adicionales de recogida y conservación de datos para las compañías, así como tampoco pretende que los pasajeros deban proporcionar datos complementarios (Considerando 11), sino sola y exclusivamente regular la transferencia «por las compañías aéreas de datos del registro de nombres de los pasajeros de vuelos internacionales hacia o desde los Estados miembros, así como el tratamiento de dichos datos, incluida su recogida, utilización y conservación por los Estados miembros y su intercambio entre ellos», y ello, con la única finalidad de prevenir, detectar, investigar y enjuiciar determinados delitos, conforme a lo previsto en el art. 4⁵⁷ (art. 1).

⁵⁵ Decisión Marco 2008/977/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal. *Vid.* Propuesta de Directiva, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos, COM (2012) 10 final, de 25 de enero de 2012.

⁵⁶ *Vid.* Considerandos 8 y 31.

⁵⁷ La norma detalla los fines exclusivos para los que la Unidad de Información sobre pasajeros, que habrá de crearse obligatoriamente en cada Estado miembro *ex art.* 3, podrá proceder al tratamiento de

El art. 6 de la Propuesta concreta las obligaciones que en orden al cumplimiento de las previsiones legales deben cumplir las compañías aéreas. En este sentido, se les impone⁵⁸ el deber de transferir⁵⁹ los datos PNR definidos en el art. 2 y concretados en el Anexo, entendemos que, exclusivamente y en la medida en que los hayan recopilado, pues no podemos olvidar que no se imponen obligaciones adicionales de recopilación, a la base de datos de la Unidad de Información sobre Pasajeros nacional del Estado miembro en cuyo territorio aterrice o de cuyo territorio despegue⁶⁰.

El incumplimiento de la obligación de transferencia de datos, siempre que la compañía los haya recopilado, será sancionado de forma disuasoria, eficaz y proporcionada, incluso de forma pecuniaria, conforme a lo dispuesto en la norma de incorporación del Texto Comunitario. También será objeto de sanción el suministro de los mismos en formato distinto al exigido, así como la vulneración de las posibles normas nacionales que se adopten con arreglo a la Directiva.

Excede del objeto de nuestro trabajo, toda vez que se trata de obligaciones que no recaen sobre las compañías aéreas sino sobre los Estados miembros y sus Unidades de Información sobre Pasajeros, el examen del procedimiento de intercambio de información entre dichos Estados, así como de la forma en la que dicho Estado puede transferir los mismos a un tercero, ambos regulados en los arts. 7 y 8 de la Propuesta, a los que nos remitimos.

Si queremos hacer mención especial al período durante el cual pueden conservarse los datos, 30 días a partir de la transferencia a la Unidad de información sobre Pasajeros del primer Estado miembro en cuyo territorio aterrice o de cuyo territorio despegue. Expirado dicho período, serán conservados en la Unidad durante cinco años, enmascarándose todos los elementos de los datos que puedan servir para identificar al pasajero al que se refieren los datos PNR, y que se mencionan en la norma. Se precisa, además, el procedimiento y los sujetos legitimados para poder acceder a esos datos PNR anónimos, así como el sistema para la supresión de los mismos transcurrido el plazo indicado (art. 9).

Queda, por último, el examen del art. 11 de la Propuesta de Directiva en el que el legislador, por vía de establecimiento del régimen tuitivo de la protección de los datos personales que ha de concretarse en la norma de transposición, establece

los datos (nos remitimos a la misma), imponiendo, además, de forma expresa, la obligación de suprimir inmediatamente aquellos datos transferidos por las compañías que difieran de los que conforme al Anexo al que hemos hecho referencia anteriormente debe contener el registro PNR. Sobre las autoridades competentes para solicitar y recibir los datos, así como los resultados que del tratamiento de los mismos realiza la Unidad de Información sobre pasajeros, *vid.* art. 5.

⁵⁸ En caso de código compartido, precisa el legislador que el deber recae sobre la compañía aérea que explote el vuelo de que se trate (art. 6.1)

⁵⁹ Adoptando el sistema *push*, en virtud del cual es la compañía la que procede a la transferencia de los datos, frente a los *pull* que permitirían el acceso de las autoridades competentes a los sistemas de la compañía a fin de recabar los datos que considerasen necesarios.

La transferencia deberá efectuarse por medios electrónicos, conforme al procedimiento y en los plazos que se indican en el art. 6.2, norma que contempla, de forma expresa, los supuestos de especial gravedad. En orden a los protocolos y formatos de datos admitidos, debemos tener presente lo establecido en el art. 13 de la Propuesta de Directiva PNR.

⁶⁰ En el caso de vuelos con escalas múltiples, se impone el deber de transferir los datos a las Unidades de Información sobre pasajeros de todos los Estados miembros interesados (art. 6.1).

obligaciones que habrán de cumplir las compañías de transporte aéreo. Así, al imponer la obligación de que los Estados garanticen el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, supresión y bloqueo, indemnización y recurso judicial de los arts. 17 a 20 de la Decisión Marco 2008/977/JAI, concreta el deber de la compañía de informar sobre el responsable del tratamiento a los efectos de que los pasajeros puedan ejercer los mencionados derechos, deber que se precisa en el apartado 5 del precepto⁶¹. Se les impone la aplicación de las medidas de confidencialidad del tratamiento y de seguridad de los datos que se contienen en los arts. 21 y 22 de la Decisión Marco. Se les prohíbe el tratamiento de datos PNR especialmente sensibles⁶² y se impone la obligación de supresión inmediata de dichos datos caso de que los mismos fuesen transferidos a la Unidad de Información.

La Propuesta analizada ha sido objeto de duras críticas. El Grupo de Trabajo de art. 29 emitió un Dictamen sobre la Propuesta de Directiva⁶³ en el que ponía en tela de juicio la adecuación de la misma a los principios imperantes en materia de protección de los datos de carácter personal. Así, en concreto, de forma resumida, cuestionaba la adecuación de la misma a los principios de proporcionalidad y necesidad⁶⁴: por entender que el legislador no precisaba de forma adecuada si el objetivo era combatir la delincuencia grave, incluida el terrorismo, o si, por el contrario, pretendía combatir sólo el terrorismo y la delincuencia relacionada con el mismo; por no justificar adecuadamente la necesidad en la que ha de fundarse la norma⁶⁵; por entender que no se garantiza la seguridad ni se evitan las lagunas creadas al eliminarse los controles en las fronteras interiores debido al Convenio de Schengen; por no evaluar la eficacia de los sistemas en uso ni examinar si el conjunto proporciona los instrumentos adecuados para el fin de perseguir el terrorismo y el crimen organizado; por considerar que los datos que se recabarán son excesivos y no discriminan entre sospechosos y no sospechosos, posibilitando el rastreo y la vigilancia de todos los viajeros⁶⁶; por entender que

⁶¹ Dicho deber se extiende a los agentes de las compañías y a los vendedores de billetes de transporte aéreo y consiste en informar a los pasajeros de vuelos internacionales, en el momento de la reserva del vuelo o de la compra de billete, de forma clara y precisa, de que los datos PNR se van a suministrar a la Unidad de Información, de la finalidad con la que se va a efectuar el tratamiento, período de conservación de los datos, posible utilización con la finalidad prevista en la norma, posibilidad de intercambio y de compartir los datos y de los derechos que les asisten, en especial, el de reclamar ante la autoridad nacional de protección de datos.

⁶² Por revelar el origen racial o étnico, las creencias religiosas o filosóficas, las opiniones políticas, la afiliación sindical y la salud u orientación sexual (art. 11.3).

⁶³ Dictamen 10/2011, de 5 de abril.

⁶⁴ Las críticas vertidas por el Supervisor Europeo de Protección de Datos en relación con la Propuesta en su Dictamen 2011/C181/02, publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* de 26 de junio de 2011, así como las manifestadas por el Comité Económico y Social, en su Dictamen de 5 de mayo de 2011 (SOC/414), coinciden prácticamente con las que exponemos, por lo que nos remitimos al contenido de los respectivos documentos. En la misma línea van, además, las enmiendas propuestas en el Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, A7-015/2013, de 29 de abril de 2013, que tienen como objetivo añadido «garantizar que no se socaven los objetivos de la Directiva con acuerdos internacionales que toleren niveles menores de protección».

⁶⁵ Seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás.

⁶⁶ De forma expresa indica, en este sentido, «el Grupo de Trabajo duda seriamente de que aplicar sistemáticamente a todos los pasajeros ciertos criterios predeterminados y verificar los datos en “bases de datos pertinentes” que no se especifican sea una medida proporcional. No está claro cómo se van

los objetivos generales del tratamiento, del art. 1, no están claramente precisados y que la definición de los delitos que incluye es excesivamente amplia; porque no basta con el enmascaramiento⁶⁷ de los datos de los no sospechosos, sino que es necesaria la supresión de los mismos.

En referencia a las normas específicas que la Propuesta contiene sobre protección de datos individuales el Grupo entiende que la alusión a los derechos que asisten a los pasajeros debe hacerse por remisión a los generales de la DPD y no a los contemplados en la Decisión Marco, toda vez que los previstos en esta última son más limitados; debe concretarse si los derechos se aplican tanto a los datos retenidos por una autoridad como a los transferidos a otra; debe facilitarse información al viajero sobre cómo se les evalúa, toda vez que el sistema los considera como grupo; debe incluirse mención expresa a la imposibilidad de tomar decisiones que puedan afectar a los pasajeros tomando como referencia exclusiva el tratamiento automatizados de los datos; debe procederse al filtrado de los datos sensibles por parte de la compañía, antes de que los mismos sean remitidos a la Unidad de Información; deben establecerse mecanismos de control y registro más adecuados.

2. Transferencia Internacional de datos personales: especial referencia a la transferencia del registro PNR

2.1. *Transferencia Internacional de datos: la garantía de un nivel de tutela equivalente como conditio sine qua non*

Como indicábamos anteriormente existen determinados supuestos en los cuales el deber que pesa sobre las compañías de transporte aéreo de proteger y tutelar los datos de los pasajeros, cede a favor del mantenimiento de la seguridad en el ámbito internacional, requiriendo la facilitación de los mismos a entidades de terceros países, fuera del espacio de la Unión o del Espacio Económico Europeo, a las que se habilita, además, para el ulterior tratamiento de los mismos. Se producen fenómenos de transferencia internacional de datos que nuestro legislador comunitario condiciona al exhaustivo cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 25 y 26 de la DPD (arts. 33 y 34 LOPD y Título VI RLOPD).

Así las cosas, centrándonos en el elemento fundamental o condicionante que nos interesa en lo que al objeto de nuestro trabajo se refiere y dejando a un lado aspectos procedimentales que exceden del objeto de nuestro estudio⁶⁸, dicha

a definir dichos criterios predeterminados ni dichas bases de datos pertinentes, ni si los datos PNR se utilizarán para crear o actualizar los criterios ni en qué medida todas las comprobaciones quedarán sujetas a investigaciones adicionales», y continúa, «implantar medidas que no supongan protección de los derechos y libertades de los viajeros sólo es algo proporcional cuando se hace como recurso temporal ante una amenaza específica, lo que no es el caso de esta propuesta».

⁶⁷ Término, que, por otro lado, también crítica, por entender que el objetivo que persigue el legislador es el enmascaramiento no la anonimización, puesto que los datos de identificación de una persona siguen pudiendo localizarse fácilmente.

⁶⁸ De forma detallada, ÁLVAREZ RIGAUDIAS, C., «Las transferencias internacionales de datos personales y el nivel equiparable o adecuado de protección», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. 12,

transferencia se condiciona, por el legislador comunitario a la exigencia de que, al Estado al que se remitan los datos garantice un nivel de tutela de los mismos que pueda considerarse adecuado⁶⁹, debiendo respetarse los presupuestos del Derecho nacional vigente en el Estado al que se remita la información.

Para concretar y determinar si se cumple o no la exigencia de garantía equivalente, habrán de atenderse a todas las circunstancias que concurren en la transferencia, teniendo en cuenta tanto la naturaleza de los datos como la finalidad de la transmisión, entre otros elementos⁷⁰. Es la Comisión Europea la facultada para determinar qué Estado asegura dicho nivel de protección equivalente, corroborándolo por los acuerdos o compromisos que el país en cuestión haya asumido en este sentido.

2.2. Los Acuerdos con terceros Estados sobre transferencia de los registros PNR: especial consideración de los problemáticos Acuerdos con Estados Unidos

Como hemos tenido oportunidad de poner de relieve a lo largo de nuestro trabajo, el establecimiento de un régimen tuitivo del derecho a la protección de datos ha constituido un objetivo fundamental del legislador comunitario, manifestado mediante la consagración de unos principios fundamentales en la DPD comunes a todos los Estados miembros, y plasmado en la intención de establecer un marco único conformado por el futuro Reglamento Europeo de Protección de datos.

Sobre esta base, el procedimiento para la adopción de acuerdos en materia de transferencia internacional de datos personales constituye una de las materias a las que nuestro legislador, europeo y nacional, ha dedicado una especial atención, al enfrentarse a la misma, como regla general, al enorme inconveniente de la disparidad legislativa, que se acusa, especialmente, si comparamos nuestra legislación en la materia con el régimen jurídico estadounidense⁷¹.

2005; GUASCH PORTAS, V., «La transferencia internacional de datos de carácter personal», *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012; VÁZQUEZ RUANO, T., «Transferencia internacional de datos personales en el transporte aéreo. La actuación del *custom and border protection* en el sistema USA», *Diritto dei Trasporti*, núm. 1, 2014, pp. 118 y ss.

⁶⁹ Excepción hecha de los supuestos del art. 26 DPD. Nuestro legislador (arts. 33 y 34 LOPD), además, exige la autorización de la Agencia Española de Protección de datos, como regla general, salvo en los casos previstos en los arts. 34 LOPD y 66.2 RLOPD.

Vid. la detallada información que al respecto se proporciona en la página de la Agencia Española de Protección de datos, a la que se puede acceder en el siguiente enlace (https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canalresponsable/transferencias_internacionales/index-ides-idphp.php).

⁷⁰ Vid. Documento de Trabajo «Transferencias de datos personales a terceros países: aplicación de los arts. 25 y 26 de la Directiva sobre protección de datos de la UE», aprobado por el Grupo de Trabajo del art. 29 el 24 de julio de 1998 (DG XV D/5025/98, WP12).

⁷¹ Nos limitamos, por razones de problemática suscitada, al Acuerdo entre la Unión Europea y Estados Unidos, remitiéndonos al estudio que, sobre los celebrados con Canadá y Australia podemos encontrar en CHICHARRO, A., «Análisis de la normativa europea sobre transferencia de datos contenidos en el registro de nombre de pasajeros (PNR) en el marco de lucha contra el terrorismo internacional», BALCELLS, J.; CERRILLO-I-MARTÍNEZ, A.; PEGUERA, M.; PEÑA-LÓPEZ, I.; PIFARÉ DE MONER, M.ª J., y VILASAU, M. (coords.), *Big Nata: retos y oportunidades*, Barcelona, 2013, pp. 171 y ss.; MICHELE, N.,

Así, frente al establecimiento de normas de Derecho público, de carácter mínimo, aplicables en toda la Unión por imperativo de la DPD, en Estados Unidos priman los sistemas de autorregulación empresarial⁷², lo que dificulta enormemente que se proporcione un nivel de protección equivalente al Europeo, *conditio sine qua non* como hemos tenido oportunidad de analizar anteriormente, para la licitud de la transferencia internacional de datos de carácter personal.

Ello no obstante, tras los acontecimientos del 11S, y la aprobación, entre otras, de la *Aviation Transportation Security Act*⁷³, en virtud de la cual se exigía a los transportistas aéreos cuyos vuelos tuvieran como origen o destino el territorio de los Estados Unidos que suministrasen a sus servicios aduaneros⁷⁴ acceso electrónico a los datos incluidos en los sistemas automatizados de reserva y control de salida (*Passenger Name Record*, PNR), parece que no quedaba otra opción que alcanzar un Acuerdo que regulase, con las debidas garantías y respeto de nuestras normas sobre protección de datos, el procedimiento para atender dicho requerimiento⁷⁵.

La Comisión Europea puso en conocimiento de las autoridades estadounidenses el posible conflicto que tal exigencia planteaba en relación con nuestra legislación sobre protección de datos, y, si bien estas, en un principio, reaccionaron de forma positiva, terminaron imponiendo la medida y sancionando a aquellas compañías que no atendieran a la misma con la pérdida, incluso, del derecho de aterrizaje, lo que llevo a que las compañías aéreas comunitarias terminaran permitiendo el acceso a sus PNR. Ante tal situación, y hasta tanto la Comisión

«The protection of personal data in the fight against terrorism. New perspectives of PNR European Union instruments in the light of the Treaty of Lisbon», *Utrecht Law Review*, vol. 6, issue 1, enero de 2010, pp. 77 y ss.; PÉREZ FRANCESCH, J. L.; GIL MÁRQUEZ, T., y GACITÚA ESPÓSITO, A., «Informe sobre el PNR. La utilización de datos personales contenidos en el registro de nombres de pasajeros: ¿fines represivos o preventivos?», *ICPS, Institut de Ciències Polítiques i Socials*, Working Papers, núm. 297, 2011, pp. 20 y ss., toda vez que, los posibles inconvenientes que pudieron suscitar en relación con el Derecho europeo sobre la protección de datos de carácter personal, se subsanaron satisfactoriamente tras las oportunas negociaciones, sin mayores inconvenientes. Los textos de los mencionados acuerdos se pueden encontrar, respectivamente, en el *Diario Oficial* (L) núm. 82, de 21 de marzo de 2006 y en el (L) núm. 215, de 8 de agosto de 2008.

⁷² CARTER, M., «La intimidad en la Unión Europea y la seguridad de los Estados Unidos: la tensión entre la ley europea de protección de datos y los esfuerzos por parte de los Estados Unidos para utilizar los datos sobre pasajeros aéreos para luchar contra el terrorismo y otros delitos», *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 19-20, mayo-diciembre de 2003, pp. 145 y ss.

⁷³ *Aviation and transportation Security Act*, 19 November 2001 [Public Law 107-71, 107 th Congress, 49 USC, Section 44909 (c) (3)].

⁷⁴ Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza (*Bureau of Customs And Border Protection*, en adelante CBP).

⁷⁵ *Vid.* Comunicación de la Comisión, de 16 de diciembre de 2003, anteriormente citada.

Detallados estudios de todo el procedimiento, con una importante recopilación de los antecedentes del mismo y de las referencias a los distintos documentos y dictámenes, a los que nos remitimos, podemos encontrar en BALLESTEROS MOFTA, L., «Hacia el difícil equilibrio entre la privacidad y la seguridad...», *op. cit.*; BLASI CASAGRAN, C., «PNR and Swift Agreements. External relations of the EU on data protection matters», CERRILLO-I-MARTÍNEZ, A.; PEGUERA, M.; PEÑA-LÓPEZ, I.; PIFARÉ DE MONER, M.^a J., Y VILASAU, M. (coords.), *Retos y oportunidades del entretenimiento en línea*, Barcelona, 2012, pp. 324 y ss.; CHICHARRO, A., «Análisis de la normativa europea sobre transferencia de datos contenidos en el registro de nombre de pasajeros (PNR)...», *op. cit.*, pp. 159 y ss.; PÉREZ FRANCESCH, J. L.; GIL MÁRQUEZ, T., y GACITÚA ESPÓSITO, A., «Informe sobre el PNR. La utilización de datos personales contenidos en el registro de nombres de pasajeros...», *op. cit.*, pp. 5 y ss.; VÁZQUEZ RUANO, T., «Transferencia internacional de datos personales en el transporte aéreo...», *op. cit.*, pp. 122 y ss.

podiera adoptar una Decisión, con arreglo al art. 25 DPD, la CBP asumió unos compromisos en los que se obligaba a proporcionar una protección adecuada al tratamiento de los datos del PNR.

Con las reservas del Parlamento Europeo, incluso para plantear el problema ante el Tribunal de Justicia de la Unión, y con las objeciones del Grupo Europeo de Protección por la disparidad normativa y la inadecuación del nivel de protección, sobre la base del citado precepto de la Directiva sobre protección de datos, se aprobaron la Decisión 2004/535/CE, de la Comisión, de 14 de mayo⁷⁶ y la Decisión 2004/496/CE, del Consejo, de 17 de mayo⁷⁷, por las que, en síntesis, partiendo de que el nivel de protección de los datos personales que se transferían a las autoridades competentes americanas designadas era el adecuado conforme a la DPD, se autorizaba a la CBP a acceder de forma electrónica a los datos de los expedientes de los pasajeros.

Las críticas a dichas Decisiones no se hicieron esperar por parte de las Instituciones comunitarias y se centraron⁷⁸, fundamentalmente, en el hecho de que las mismas conculcaba los principios comunitarios de limitación de la finalidad y proporcionalidad: por someter el procesamiento y tratamiento de datos al Derecho estadounidense⁷⁹; por permitir la utilización de los mismos con una amplitud desproporcionada, que iba más allá de la persecución de actos terroristas, permitiendo la utilización para otros delitos y con finalidad preventiva; por el desproporcionado número de datos que se podía transferir, a todas luces contrario a la suficiencia y pertinencia del art. 6 DPD.

Como ya anunciara, el Parlamento Europeo interpuso recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea pidiendo la anulación de las dos Decisiones, que fue resuelto positivamente en Sentencia de 30 de mayo de 2006⁸⁰, si bien no por su contrariedad con nuestro Derecho sobre protección de datos, sino por un problema de competencia, toda vez que dado que la finalidad de la transferencia de los datos no era de carácter privado sino público (prevenir y combatir el terrorismo y otros delitos graves), la base para la adopción del Acuerdo no podría ser el art. 95 del Tratado en relación con el art. 25 DPD.

⁷⁶ Decisión 2004/535/CE, de la Comisión, de 14 de mayo, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales incluidos en los registros de nombres de los pasajeros que se transfieren al Servicio de aduanas y protección de fronteras de los Estados Unidos (*Bureau of Customs and Border Protection*).

⁷⁷ Decisión 2004/496/CE, del Consejo, de 17 de mayo, relativa a la celebración de un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América 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.

⁷⁸ Vid. MICHELE, N., «The protection of personal data in the fight against terrorism...», *op. cit.*, pp. 71 y ss.; PÉREZ FRANCESCH, J. L.; GIL MÁRQUEZ, T., y GACITÚA ESPÓSITO, A., «Informe sobre el PNR. La utilización de datos personales contenidos en el registro de nombres de pasajeros...», *op. cit.*, pp. 5 y ss.

⁷⁹ Cuando quizá, lo más coherente hubiera sido que se fundamentase en el art. 13 al Convenio de Chicago relativo a la información que pueden exigir los Estados sobre las personas que accedan o permanezcan en sus territorios.

⁸⁰ Han sido muchos los comentarios sobre el pronunciamiento jurisprudencial, entre ellos, RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A., «Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (de nuevo en torno a las listas antiterroristas y la intimidad de los usuarios de las líneas aéreas)», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 2006, pp. 219-234.

La caótica situación intentó paliarse con un Acuerdo provisional⁸¹, que poco vino a solucionar y más a empeorar y que fue sustituido en 2007⁸², por un Acuerdo formado por dos cuerpos, el Acuerdo en sí y una Carta emitida por el Secretario del Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos (DHS, en adelante), en la que se explica la forma en la que se va a proceder al tratamiento de los datos PNR de la Unión Europea. Acuerdo que, por otra parte, tampoco ha estado exento de duras críticas por parte del Grupo Europeo de Protección de Datos.

Analizando con detenimiento el mencionado acuerdo se observa que, en poco se subsanaron los problemas que dieron lugar a la petición de anulación por parte del Parlamento. Así, se seguía remitiendo al Derecho estadounidense el procedimiento para el tratamiento de los datos y de los titulares⁸³, conforme a un principio de reciprocidad plasmado en el punto quinto del Acuerdo y que implicaba que ningún Estado iba a pedir medidas más restrictivas de las que aplicaba a sus propios PNR; se consagraba, sobre la base de que la DHS ofrecía un nivel adecuado de protección de los datos de PNR transferidos desde la UE, que ésta no interferiría por motivo de protección de los mismos en las relaciones entre Estados Unidos y terceros países en lo que respecta al intercambio de datos sobre pasajeros (apdo. 6)⁸⁴.

El estudio de la Carta de la DHS refrenda las críticas. El objeto para el cual se podía utilizar el PNR, seguía siendo extremadamente amplio e impreciso⁸⁵, lo que a todas luces conculcaba el principio de proporcionalidad⁸⁶, pudiendo dar lugar, como se indicó, a un uso generalizado de los datos del PNR que no cumplía con la limitación de la finalidad y la calidad de los datos, además del principio anteriormente mencionado⁸⁷.

Si bien el número de datos PNR era más reducido que en el Acuerdo anterior, seguía siendo igualmente desproporcionado; y, además, inexistente, toda vez

⁸¹ Decisión 2006/729/PESC/JAI, del Consejo, de 16 de octubre.

⁸² Decisión 2007/551/PESC/JAI, del Consejo, de 23 de julio.

⁸³ Remisión que se ha calificado como peligrosa, al no existir un marco general en los Estados Unidos por el que se establezcan principios generales aplicable a todo tipo de tratamiento de datos personales. *Vid.* MICHELE, N., «The protection of personal data in the fight against terrorism...», *op. cit.*, p. 77.

⁸⁴ Parece, en consecuencia, que como la Unión Europea ha entendido que el nivel de protección proporcionado es el adecuado, a pesar de la disparidad legislativa y de los problemas que plantea la Carta por la que la DHS explica los principios que aplica a la hora de recopilar, utilizar y almacenar datos de los PNR, los Estados Unidos son prácticamente libres para transferir los datos de nuestros PNR, conforme a su ordenamiento, a terceros Estados, sin necesidad de pronunciamiento por parte de los órganos comunitarios. Así se desprende, del examen del punto II de la Carta que acompaña al Acuerdo, si bien la DHS deja claro que sólo se compartirán cuando se garantice un nivel de protección equivalente al que ella proporciona a los datos PNR de la UE, y siempre con la finalidad que preside el Acuerdo que analizamos.

⁸⁵ *Vid.* apartado I de la Carta de la DHS.

⁸⁶ Así se pone de manifiesto en el Dictamen 5/2007, del Grupo de Trabajo del art. 29.

⁸⁷ PÉREZ FRANCESCH, J. L.; GIL MÁRQUEZ, T., y GACITÚA ESPÓSITO, A., «Informe sobre el PNR. La utilización de datos personales contenidos en el registro de nombres de pasajeros...», *op. cit.*, p. 13, quienes afirman que «el hecho de que los datos PNR puedan ser utilizados en cualquier procedimiento judicial penal, o según lo requiera la ley de Estados Unidos es preocupante, ya que las autoridades norteamericanas podrían decidir el uso y tratamiento de datos de los PNR para delitos menos graves que el terrorismo y la delincuencia organizada, poniendo en riesgo varios derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a la privacidad».

que, como puso de relieve el Parlamento Europeo, se trataba de una reducción cuantitativa que no cualitativa dado que la afectación del derecho a la intimidad no era menor por la variedad de los datos transmisibles⁸⁸. No debemos olvidar, además, la permisión que contenía de uso de datos sensibles, que no aparecía en el Acuerdo de 2004, pues aunque la misma parecía estar limitada a supuestos excepcionales, en nuestra opinión, estaban redactados de tal forma que lo excepcional podía convertirse en algo normal y justificarse fácilmente como tal⁸⁹.

Por otro lado, de forma que nos parece cuanto menos injustificada y desproporcionada se incrementó el número de autoridades legitimadas para la recepción y tratamiento de los datos; se amplió el tiempo de retención en más del triple, etcétera.

Compartimos la calificación como positiva⁹⁰ que se hizo del cambio de un sistema *pull* a uno *push* de transferencia⁹¹; así como de las mejoras que se introdujeron en relación con el deber de información a los pasajeros⁹².

Se plasmaba, en nuestra opinión, a modo de conclusión, prácticamente la libertad absoluta de la DHS, sin más amparo que este Acuerdo y el inexistente Derecho americano general a la protección de datos, para recopilar, tratar y transferir los datos PNR procedentes de la UE.

Quizá por ello, porque el Parlamento instó a la Comisión a mejorar la situación⁹³ y por las duras críticas que el mismo había merecido, el 14 de diciembre de 2011, la Unión Europea y los Estados Unidos firmaron un nuevo Acuerdo, que fue aprobado por el Parlamento Europeo el 19 de abril de 2012⁹⁴, que estará en vigor hasta 2017, salvo denuncia de las partes y con el que se mejoran algunos de los inconvenientes puestos de relieve a lo largo de este trabajo.

Primero porque el nuevo texto alude al concepto de PNR establecido en la Directrices de la OACI referidas en este trabajo, y ello, a pesar, de que consideramos que el listado de datos que incluye el Anexo de la Decisión, sigue siendo realmente desproporcionado.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la finalidad de uso de los datos, aunque debemos valorar positivamente los esfuerzos de concreción, seguimos considerando que la misma es demasiado amplia, contrariando nuestros principios de finalidad y proporcionalidad. Hemos pasado de la captura y prevención a la detección, investigación y enjuiciamiento; y si bien es cierto que se concretan de-

⁸⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de julio de 2007.

⁸⁹ *Vid.* apartado III de la Carta de la DHS.

⁹⁰ PÉREZ FRANCESCH, J. L.; GIL MÁRQUEZ, T., y GACITÚA ESPÓSITO, A., «Informe sobre el PNR. La utilización de datos personales contenidos en el registro de nombres de pasajeros...», *op. cit.*, p. 14.

⁹¹ En virtud de este sistema, consagrado en el Acuerdo de 2004, y relegado en el de 2007 para aquellas compañías que no hayan implantado el *push* conforme a las especificaciones técnicas de la DHS, este órgano puede acceder directamente a los sistemas y tomar la información que considere necesaria. Por el contrario, conforme a los sistemas *push* es la compañía la que transmite los datos requeridos a la base de datos de la autoridad requirente conforme a sus especificaciones técnicas, sin que esta pueda acceder directamente a los mismos.

⁹² Apartado IV de la Carta de la DHS.

⁹³ Resolución del Parlamento Europeo de 5 de mayo de 2010.

⁹⁴ Decisión del Consejo de Europa de 26 de abril de 2012 (2012/472/UE).

litos, por referencia por ejemplo a la pena o al contenido de la conducta delictual, no es menos que se siguen utilizando expresiones genéricas que pueden provocar una utilización del Acuerdo más allá del objetivo para el que fue alcanzado.

Por otro lado, es de destacar la concreción de los mecanismos de protección de los sistemas y registro de datos PNR europeos.

El tratamiento de los datos sensibles sigue siendo uno de los aspectos en los que la protección proporcionada por el Acuerdo es mayor. La DHS se compromete a utilizar sistemas automatizados que permitan filtrarlos y enmascararlos; a no tratarlos ni utilizarlos de nuevo, salvo en los caos que se contemplan en los apartados 3 y 4 del art. 6 del Acuerdo (excepcionales, aunque se hayan redactado de tal forma que pueda dar a entender lo contrario).

El art. 7 del Acuerdo pone de relieve otra mejora importante cual es la plasmación expresa de que los datos no podrán ser utilizados por la DHS para adoptar decisiones adversas para las personas sobre la base, exclusivamente, del tratamiento y la utilización automatizados del PNR.

En cuanto al plazo de conservación, poco hemos avanzado en la senda al respeto absoluto del principio de proporcionalidad. Analizando con detenimiento el art. 8 del Acuerdo se observa que el mismo sigue siendo sumamente amplio, por mucho que, tras cinco años y seis meses, los PNR se despersonalicen y se transfieran los datos a bases inactivas, pues no podemos olvidar que para cumplir la función identificadora de la persona no es necesario que los datos sean directos y que, en muchas ocasiones, los datos indirectos pueden contribuir a identificar de tal forma que se haga necesaria la intervención de los mecanismos protectores de los datos personales.

Los arts. 10, 11 y 12 tienen como objetivo el establecimiento de los mecanismos de protección y ejercicio de derechos por parte de los pasajeros, respecto de los datos PNR que objeto de tratamiento. La regulación no difiere considerablemente de su antecesora y es merecedora de los mismos elogios, no sólo por contemplar un sistema de información al pasajero sobre el tratamiento, sino también por prever los cauces para el ejercicio de los derechos de rectificación, supresión, cancelación y bloqueo.

En cuanto al sistema de facilitación de los datos, se contempla, una vez más, la utilización de sistemas *push* (art. 15), como regla general, sin perjuicio de prever la posibilidad de solicitar a la compañía que faciliten otro modo de acceso, cuando no tengan posibilidad de adaptarse al previsto en el Acuerdo.

El sistema de transmisión internacional de datos, por parte de la DHS, a terceros Estados, sigue planteándonos las mismas críticas que hemos puesto de relieve al analizar el previsto en el Acuerdo de 2007, a las que nos remitimos.

Aun cuando afirmamos que se han mejorado algunos de los inconvenientes que se plantearon con el Acuerdo de 2007, siguen existiendo otros que no se han resuelto y que pueden poner en peligro los datos personales contenidos en los registros PNR de los pasajeros de la Unión. Así, la inconcreción en cuanto a la finalidad del tratamiento, el excesivo número de datos susceptible de dicha

operación, la falta de determinación de las autoridades que van a poder acceder a los mismos, el excesivo período durante el que los datos pueden ser tratados, o el resquicio que aún queda para que la DHS pueda utilizar el sistema *pull*, por mencionar los más destacados.

Quizá los efectos de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de octubre de 2015⁹⁵ se extiendan a los Acuerdos que analizamos y pongan los cimientos para una posible reclamación frente a los Acuerdos PNR con Estados Unidos, no sobre la base de una falta de competencia, como sucedió en la Sentencia de mayo de 2006, sino atendiendo a que los mismos no proporcionan un nivel de protección equivalente de los datos personales de los ciudadanos de la Unión que se transfieren por las compañías aéreas a las autoridades estadounidenses. Quizá un pronunciamiento en este sentido pueda contribuir a elevar los niveles de protección de los datos de carácter personal, quizá pueda impedir que las compañías comunitarias que no los transfieran aterricen en territorio estadounidense.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RIGAUDÍAS, C., «Las transferencias internacionales de datos personales y el nivel equiparable o adecuado de protección», *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, núm. 12, 2005.
- ARNALDO VALDÉS, R. M.^a; GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., y CUERNO REJADO, C., *Descubrir la investigación de accidentes aéreos*, Madrid, 2012.
- BALLESTEROS MOFTA, L., «Hacia el difícil equilibrio entre la privacidad y la seguridad: la conservación de datos en las comunicaciones electrónicas y la transferencia de datos de pasajeros por las compañías aéreas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 137, 2008 (BIB 2008/56).
- BLASI CASAGRAN, C., «PNR and Swift Agreements. External relations of the EU on data protection matters», en CERRILLO-I-MARTÍNEZ, A.; PEGUERA, M.; PEÑA-LÓPEZ, I.; PIFARÉ DE MONER, M.^a J., y VILASAU, M. (coords.), *Retos y oportunidades del entretenimiento en línea*, Barcelona, 2012.
- CARTER, M., «La intimidad en la Unión Europea y la seguridad de los Estados Unidos: la tensión entre la ley europea de protección de datos y los esfuerzos por parte de los Estados Unidos para utilizar los datos sobre pasajeros aéreos para luchar contra el terrorismo y otros delitos», *Cuadernos de Derecho Público*, núms. 19-20, mayo-diciembre, 2003.
- CHICHARRO, A., «Análisis de la normativa europea sobre transferencia de datos contenidos en el registro de nombre de pasajeros (PNR) en el marco de lucha contra el terrorismo internacional», en BALCELLS, J.; CERRILLO-I-MARTÍNEZ, A.; PEGUERA, M.; PEÑA-LÓPEZ, I.; PIFARÉ DE MONER, M.^a J., y VILASAU, M. (coords.), *Big Nata: retos y oportunidades*, Barcelona, 2013.
- GALÁN MÚÑOZ, A., «La protección de datos de carácter personal en la prevención, investigación y represión de delitos: hacia una nueva orientación de la política criminal

⁹⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, asunto C-362/14, en relación con la Decisión 2000/520/CE, de la Comisión, de 26 de julio, con arreglo a la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos.

- de la Unión Europea», *Diario La Ley*, núm. 8356, de 17 de julio de 2014 (La Ley 4619/2014).
- GUASCH PORTAS, V., «La transferencia internacional de datos de carácter personal», *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012.
- GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., «La aeronave», en MORILLAS JARILLO, M.^a J.; PETIT LAVALL, M.^a V., y GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., *Derecho aéreo y del espacio*, Madrid, 2015.
- MÁRQUEZ LOBILLO, P., «El consumidor en la contratación electrónica de servicios turísticos», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 282, octubre-diciembre de 2011.
- MICHELE, N., «The protection of personal data in the fight against terrorism. New perspectives of PNR European Union instruments in the light of the Treaty of Lisbon», *Utrecht Law Review*, vol. 6, issue 1, enero de 2010.
- PÉREZ FRANCESCH, J. L.; GIL MÁRQUEZ, T., y GACITÚA ESPÓSITO, A., «Informe sobre el PNR. La utilización de datos personales contenidos en el registro de nombres de pasajeros: ¿fines represivos o preventivos?», *ICPS, Institut de Ciències Politiques i Socials, Working Papers*, núm. 297, 2011.
- PETIT LAVALL, M.^a V., y GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., «La gestión de los accidentes aéreos», en MORILLAS JARILLO, M.^a J.; PETIT LAVALL, M.^a V., y GUERRERO LEBRÓN, M.^a J., *Derecho aéreo y del espacio*, Madrid, 2015.
- RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A., «Derechos fundamentales, lucha antiterrorista y espacio europeo de libertad, seguridad y justicia (de nuevo en torno a las listas antiterroristas y la intimidad de los usuarios de las líneas aéreas)», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 2006.
- SEMPERE SAMANIEGO, F. J., *Comentarios prácticos a la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea*, 2013.
- VÁZQUEZ RUANO, T., «El deber de las compañías aéreas de garantizar la seguridad de la información de los pasajeros», en PETIT LAVALL, M.^a V.; MARTÍNEZ SANZ, F., y RECALDE CASTELLS, A. (dirs.), y PUETZ, A. (coord.), *La nueva ordenación del mercado del transporte*, Madrid, 2013.
- «Transferencia internacional de datos personales en el transporte aéreo. La actuación del *custom and border protection* en el sistema USA», *Diritto dei Trasporti*, núm. 1, 2014.