

Panel K – Derechos Fundamentales

Marcelo Bauzá, Uruguay

Los Derechos Fundamentales son aquellos derechos esenciales, inherentes a todos los seres humanos por su sola calidad de tales, sin distinción o discriminación.

Son una dimensión social y jurídica ligada a la supervivencia, bienestar y superación de la humanidad, parangonable al centro de gravedad de la Tierra, cuyo impacto sacude y afecta el edificio jurídico en conjunto.

El derecho a la vida concretizado en el derecho a gozar de una vida digna, podría cerrar el catálogo de estos derechos, abierto a sub-especies como el derecho al honor, la libertad personal en todas sus formas (ambulatoria, reunión y asociación, expresión y comunicación, cívicas), seguridad, trabajo, propiedad, atención educativa y sanitaria.

Estos derechos están reconocidos y protegidos por los Tratados Internacionales y las Cartas Constitucionales de los Estados democráticos, no solamente en su formulación sino, además, las garantías apropiadas para el reclamo de su vigencia y respeto.

Y dentro de este marco, como un derecho fundamental que recibe encuadres normativos contemporáneos, se encuentra el “derecho a la protección de datos personales”.

En pocos años, este nuevo derecho se ha ido destacando progresivamente de modo autónomo respecto a otros afines con los que se le asociara (derecho de intimidad, derecho de privacidad) y con los que a veces entra en vinculación y servicio.

Hablar de la importancia de la protección de datos como derecho fundamental, equivale a poner el foco en el principio y fin del sistema jurídico

de la protección de los datos personales. Permite conocer mejor y por sus cimientos, un sistema normativo que hoy día es profuso y está incidido por intereses diversos.

Desde siempre se ha destacado la acendrada apoyatura de este derecho en principios de alcance universal; su necesaria ponderación a la hora de resolver casos concretos, donde conflictúa con otros valores (ejs. la transparencia informativa, en especial la de carácter público; la gestión estatal eficiente, o las cuestiones vinculadas con la seguridad pública).

Recordando la importancia del derecho a la protección de los datos personales, el estudioso alemán Podlech se adelantaba en 1979 al famoso leading case del Tribunal Federal Constitucional sobre la Ley del Censo expresando que: “Un orden social y un orden jurídico en el que el primero se apoya, donde los ciudadanos ya no pueden saber quién sabe qué, cuándo y en qué situación, respecto a su propia persona, no sería compatible”.

Jörg Polakiewicz, Francia.

La existencia o no de estándares internacionales sobre privacidad y protección de datos no están del todo claras para los norteamericanos pero sí para otras regiones.

El derecho a la privacidad y la protección de datos están garantizados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) y la Convención Europea de Derechos Humanos (European Convention on Human Rights - ECHR). Las constituciones de los países de todo el mundo y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (EU Charter of Fundamental Rights) incluyendo la Convención Europea de Derechos Humanos y la Corte de Justicia de la Unión Europea, han desenvuelto estrictas condiciones para la colecta y procesamiento de datos personales.

La ECHR decanta ciertos principios en la materia, a saber:

- Cualquier interferencia estatal está sujeta al test de proporcionalidad, exigiendo que todo tratamiento de datos personales se realice de acuerdo con la ley, persiga objetivos legítimos y resulte necesario en una sociedad democrática.
- Toda información pública puede terminar afectando la vida privada cuando es recolectada y almacenada sistemáticamente en archivos estatales.
- El Estado tiene la obligación de crear un marco regulatorio adecuado, con legislación y capacidad de ejecución sobre lo que ocurre, incluso, en el ámbito privado.
- Las autoridades estatales no deben establecer bases de datos secretas de seguridad y vigilancia, puesto que las personas tienen derecho a saber por qué está registrada, el tipo de información retenida, por cuánto tiempo, cómo se almacena y utiliza y quién controla.
- Deben haber recursos accesibles y efectivos, también para asegurar la destrucción de los archivos, supresión o rectificación de la información, cuando corresponda.

La idea de proteger los derechos humanos está presente desde el Siglo XVIII en las declaraciones de derechos, constituciones y tratados internacionales, principalmente desde la relación de los ciudadanos con las autoridades estatales.

Sin embargo, para 1981 cuando se adopta el Convenio 108, la mayor parte del tráfico de datos ya se producía en el sector privado, lo que llevó a su aplicación horizontal, punto fuerte del Convenio. En los últimos treinta años esta realidad no ha cambiado, salvo el incremento de las capacidades técnicas de tratamiento, en especial a través de Internet.

Lo expuesto no es un enfoque exclusivamente europeo. Las tradiciones constitucionales y legales latinoamericanas son similares, sobre todo en Argentina, Brasil, Colombia, México, Perú y Uruguay. La Constitución brasileña de 1988 fue la primera en introducir el derecho a la tutela judicial efectiva (habeas data). La Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-748/2011 adoptó deliberadamente un enfoque de derecho comparado, confirmado en legislación promulgada el 17 de octubre de 2012.

Incluso en EEUU, donde tradicionalmente se piensa en privacidad como un derecho contra la intrusión del gobierno, la Corte Suprema sostuvo que la instalación de un dispositivo GPS de vigilancia en un automóvil por parte del gobierno, afecta la privacidad (United States vs. Jones - 2012). Hasta ahora una persona que viajaba en automóvil por la vía pública no tenía ninguna “expectativa razonable de privacidad” (Cuarta Enmienda).

Los tribunales asiáticos adoptan cada vez más las nociones de necesidad y proporcionalidad. La Suprema Corte de Corea del Sur declaró inconstitucional la política de “nombre real” en Internet, fundándose en que la libertad de expresión solo admite restricción si es claramente beneficioso para el público (sentencia del 23-VIII-2012).

El proceso de modernización del Convenio apunta a dos objetivos: 1º) Hacer frente a los desafíos del incremento de las TIC en la sociedad. 2º) Poner mayor acento en la noción de “dignidad humana” y el “derecho a controlar los datos personales y su procesamiento”.

Varias propuestas de cambio van en esta línea, tales como añadir a la lista original de datos sensibles otras especies (genéticos, pertenencia sindical, biométricos), exigir medidas de seguridad adicionales e incrementar la transparencia de la evaluación de impactos de los procesamientos sobre la privacidad designando controladores que hagan análisis de riesgo. También está la idea de pasar de un enfoque reactivo a uno proactivo, teniendo a la “privacy by design” como instrumento pertinente para ello.

Lo expuesto es coincidente con las Reglas de Privacidad de APEC,

representando así un enfoque verdaderamente internacional.

Lo que hace a la regulación de la protección de datos una tarea tan delicada es la necesidad de encontrar el equilibrio adecuado entre el derecho a la protección de datos y otros derechos y libertades fundamentales. Una idea rectora es lo que los alemanes llaman “praktische Konkordanz” (reconciliación práctica), término acuñado en los años 70 por Konrad Hesse, juez del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos posee jurisprudencia sobre privacidad donde aplica este tipo de equilibrios, como ser el caso de “fotografías o video montajes” (Von Hannover v. Germany, N° 59320/00, 24 June 2004, et altri). En K.U. v. Finland la Corte puso de relieve la necesidad de proteger a las víctimas de acoso cibernético, rechazando el argumento de la libertad de expresión y la confidencialidad de las comunicaciones para fundar la negativa a revelar la dirección IP del titular del servicio.

La Corte ha establecido una serie de criterios generales que delimitan la medida en que las empresas de mass media pueden interferir con los derechos de privacidad:

1. Contribución a un debate de interés general.
2. Notoriedad de la persona afectada, y objeto del informe.
3. Conducta previa de la persona interesada.
4. Contenido, forma y consecuencias de la publicación.
5. Circunstancias en las que fueron tomadas las fotos.
6. Severidad de la sanción impuesta.

La relación entre protección de datos y libertad de expresión está siendo debatida en el proceso de modernización del Convenio 108. La libertad de expresión también se ha invocado como razón para no incluir un específico “derecho al olvido” entre las enmiendas propuestas, al considerar que los

derechos de rectificación o cancelación y oposición, tanto como la limitación temporal de los registros, brindan protección suficiente.

Como conclusión se afirma que, a pesar de las muy diferentes tradiciones culturales y jurídicas, se impone la capacidad de acuerdo sobre una dimensión esencial de la vida privada, que es el derecho a la protección de datos personales.

Giuseppe Busia, Italia

La Protección de Datos y la Privacidad son derechos fundamentales reconocidos por la Carta de Derechos fundamentales de la UE, el Tratado de Lisboa y la jurisprudencia del ECHR. Las legislaciones nacionales y supranacionales no pueden derogar estos derechos. Pero no son derechos absolutos, sino que necesitan reconciliarse con otros derechos. En el plano supranacional, la Comunidad Europea abordó esta cuestión por medio de la Directiva 95/46/CE y luego a través de la "Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea" aprobada en Niza en el año 2000.

En el sistema legal italiano, la existencia de un derecho a la intimidad y el derecho independiente a la protección de datos personales ha sido durante tiempo tema de intenso debate entre los estudiosos y los tribunales.

Este debate se originó en el hecho de que la Constitución de Italia - que fue promulgada hace más de 60 años, en 1948 - no estableció explícitamente este derecho. Pero la "flexibilidad" de la carta constitucional, ha permitido pasar la prueba del tiempo. La jurisprudencia ha venido interpretando la Constitución en una perspectiva evolutiva para hacer resaltar "nuevos derechos". Hoy en día, los derechos a la intimidad, la vida privada y los datos personales son considerados derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de Italia.

Ninguno de estos derechos prevalece. Es necesario hacer balances caso a caso. Se ha declarado con autoridad que "compiten valores

constitucionales que no están organizados jerárquicamente, por lo que se excluyen mutuamente. De hecho, están coordinados, de manera que se condicionan unos a otros."(Häberle)

La libertad de información está consagrada en el artículo 10 del CEDH, el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales y el artículo 21 de la Constitución de Italia.

La libertad y el pluralismo de la prensa son un logro importante y, de hecho, una especie de papel de tornasol para medir hasta qué punto un determinado sistema jurídico puede ser considerado democrático.

La difusión de las nuevas tecnologías de la comunicación ha agravado esta tensión. Actualmente la red es un canal fundamental de la libertad de información. La libertad de expresión ya no es dominio exclusivo de los periodistas y profesionales de los medios. De hecho, hoy día cualquier persona puede difundir opiniones y noticias a través de la web sin ser periodista profesional ni tener que incurrir en mayores gastos. Una característica de los últimos años ha sido la difusión masiva de millones de datos en la red gracias a la digitalización y descentralización de la información (ej. WikiLeaks).

Las características innovadoras de este peculiar fenómeno sin precedentes, tienen que ver con que Internet es totalmente libre de las limitaciones tradicionales de espacio y tiempo, al menos desde una triple perspectiva:

1. Las fronteras geográficas no existen más. Publicar noticias en la red equivale a difundir por todo el mundo y recuperarla en cualquier momento, en cualquier lugar.
2. La cantidad de información que está siendo difundida es abrumadora. No hay umbral superior para los bits que se pueden subir a la web. Cualquiera puede estar en Internet mediante la creación de un nuevo nodo en la red a través de su propio servidor.
3. No hay una regla técnica o legal que establezca plazo para la

accesibilidad de la información, como sí sucede en el circuito cultural tradicional. Libros, periódicos, y publicaciones impresas quedan sujetos a desgaste, no así la información en la red.

Todo esto ha provocado un cambio profundo en la relación entre los ciudadanos y la libertad de información. Sin embargo, también ha dado lugar a nuevos mecanismos y oportunidades para violar derechos individuales.

En Europa, la necesidad de lograr un equilibrio entre el derecho a la protección de datos personales y la libertad de expresión se aborda explícitamente en el Considerando 37 de la Directiva 95/46/CE, donde se afirma que los derechos fundamentales deben ser "reconciliados" con la libertad de información, en particular con el derecho a recibir y difundir información. Esta cuestión se aborda en el artículo 9º de la Directiva, en cuanto a que los Estados miembros "establecerán exenciones o derogaciones" de las disposiciones relativas a la protección de los datos personales, para conciliarlo con las normas que rigen la libertad de expresión.

Las anteriores disposiciones se incorporaron al Derecho italiano a través del "Código de Protección de Datos Personales" (Decreto N° 196/2003.).

A modo de ejemplo, el tema de los archivos de noticias en línea fue tratado por la DPA italiana en una forma que podría salvaguardar la integridad de los archivos. Los editores están obligados a adoptar las medidas apropiadas para la indexación de las noticias, con arreglo a su impacto en el derecho al olvido y luego de una evaluación caso por caso.

También cabe recordar a este respecto que el llamado "Grupo de Berlín", es decir, el Grupo de Trabajo Internacional sobre la Protección de Datos en Telecomunicaciones (IWGDPT), trata del derecho al olvido en Internet propugnando similares soluciones.

Existe una función adicional innovadora en la experiencia italiana. Bajo los términos del Código de protección de datos personales, la DPA italiana alentó la adopción de un "Código de Ética" por el "Consejo Nacional de la Junta de Periodistas". Este Código de Ética ha permitido la aplicación de los

principios generales de protección de datos al periodismo (ej. afectación de niños, salud de una persona, vida sexual, etc.).

Las normas establecidas en el Código de Ética son punto de referencia en cuanto a la legalidad del tratamiento de datos personales que debe ser evaluada en el sector periodístico, así como en la transmisión de noticias e información. Por lo tanto, el Código es una instancia de participación y autorregulación, en la que las normas en cuestión se comparten por la autoridad de control (co-regulación).

Internet no es el "lugar" sin reglas. Sin embargo, no hay que olvidar que Internet no tiene fronteras geográficas. La ley puede ser anulada con bastante facilidad mediante el uso de servidores situados en países con regulaciones menos restrictivas. Por tanto, todo enfoque normativo que pretenda ser eficaz no puede dejar de implicar el mayor número posible de Estados en relación a lo que sucede en la Web.

Los trabajos en curso en la UE para adoptar una nueva regulación también tienen por objeto armonizar las legislaciones nacionales y hacer más eficaces estas medidas de seguridad para los ciudadanos. El Reglamento se espera que reemplace la Directiva 95/46/CE mediante normas detalladas, que serán las mismas en todos los Estados miembros y serán aplicables directamente.

El artículo 17 del Proyecto de Reglamento trata, en particular, el "derecho a ser olvidado y borrado" frente a la retención de los datos personales que sean necesarios "para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión".

Aún no está claro cuál será el resultado de la discusión en torno a la propuesta de Reglamento y el proyecto de Directiva sobre el tratamiento de datos personales para la prevención y represión de crimen. Ha habido críticas dirigidas contra ambos proyectos, en particular con respecto a los poderes (nuevos) atribuidos a la Comisión, que en parte invaden las competencias de las DPA nacionales y los procedimientos de toma de decisiones sobre transferencia de datos en los grupos multinacionales.

La sociedad está evolucionando inexorablemente. Las tecnologías se desarrollan continuamente y las demandas sociales van cambiando a ritmo rápido.

Es, sin duda, útil establecer puntos claros de referencia, estándares o principios a nivel supranacional, como son las "Normas Internacionales para la Protección de los Datos Personales y Privacidad", adoptadas por la Conferencia Internacional de Madrid en 2009. El "Proyecto de Ley de Privacidad de Derechos" de la Administración Obama establece claramente la importancia de la privacidad como un componente clave del panorama legal en una perspectiva más amplia.

Se debe dejar en manos de las organizaciones, más flexibles y ágiles, la tarea de conciliar los valores en conflicto y adaptar los permanentes desarrollos evolutivos. Éste es el papel desempeñado por las autoridades independientes de protección de datos. Existe el riesgo de ser ineficaces si estas reglas no son compartidas por todos los países en la red. En un mundo globalizado, el reconocimiento de un derecho no puede ser operativo si este derecho no está protegido en todo territorio.

Deborah Hurley, Estados Unidos

El tema planteado en el panel engloba dos grandes asuntos: los derechos humanos y la sociedad de la información.

Es tarea de todos el instalar los derechos humanos en la sociedad de la información. Los derechos humanos incluyendo la privacidad, son universales, indivisibles, interrelacionados e interdependientes. Nacen con cada persona y el deber de asegurarlos no sólo es del gobierno, sino de todos los demás individuos.

Actualmente hay muchos nuevos derechos, uno de ellos el derecho al olvido, lo que se plantea como preocupante ya que distrae la atención respecto de asegurar derechos ya existentes, que necesitan ser implementados y

reforzados.

Adicionalmente las últimas décadas se habla mucho sobre privacidad como un concepto cultural, sobre el que no hay que legislar, ni se puede proteger demasiado.

El derecho a la privacidad está establecido en convenciones internacionales adoptadas por más de 150 países. Esto es un ejemplo de una de las áreas más exitosas del derecho, por su uniformidad, por el acuerdo alcanzado. Otra de las áreas más exitosas del derecho son las leyes de privacidad, puesto que más de 90 países han adoptado una legislación de privacidad. Se habla de las actividades de privacidad en Iberoamérica, se habla de la nueva ley de Colombia, hay un borrador de legislación en Brasil. Claramente la tendencia es regular la privacidad y los derechos humanos alrededor del mundo.

La expresión “sociedad de la información” es preferible que se sustituya por la de un entorno ubicuo de información, el cual tiene cinco características: inserción, ubicuidad, falta de límites, descentralización y complejidad.

Respecto a la inserción es importante tomar en cuenta que la ciencia y la tecnología lo que hacen es ofrecer un mejor futuro. Se debe pensar en todos los medios en que se pueden presentar las comunicaciones. Una característica humana es controlar el ambiente para transformarlo, por eso hay que pensar cómo proteger los derechos en cada marco.

Para la panelista existen dos temas que subyacen a toda discusión sobre privacidad: quién o qué controla la información personal y la noción de proporcionalidad, si la medida a implementar es útil para evitar un posible daño, si es proporcional al problema que se intenta resolver.

La privacidad incluye la autonomía y autodeterminación, lo que hace pensar en la libertad, dignidad e igualdad. Ciertamente la privacidad coexiste con otros derechos humanos como la libertad de expresión, el derecho a la información gubernamental, la libertad de movimiento en el caso de la geolocalización. Lo que se debe hacer es mantener todo esto en equilibrio.

La información personal se recolecta de muchas maneras, con conciencia del titular de los datos o no. Por ejemplo si se tiene un dispositivo médico, el mismo puede estar transmitiendo datos al hospital de manera remota. Un paciente que está inconsciente en un hospital tiene el mismo grado de protección de datos que alguien que tiene plena conciencia. El hecho que la recolección y tratamiento de datos ocurran con conciencia del titular entonces no es relevante.

Otro punto relacionado con la recolección de datos es la identificación. Respecto a la identificación hay un gran rango entre el anonimato y la completa identificación. Hay varios puntos intermedios como ser identificable como parte de un grupo. Por ello se debe pensar cuidadosamente en el espectro de identificación cuando se habla de recolección de datos.

Usualmente las irregularidades relacionadas con la privacidad se ven en poblaciones vulnerables, con los derechos disminuidos. La referencia es a prisioneros, niños, ancianos, enfermos, indigentes y minorías étnicas. Se debe ser conscientes de ello, ya que en palabras de Gandhi: el grado de civilización de una sociedad se ve en cómo trata a las minorías.

Athi Saarenpää, Finlandia

El panelista comienza presentando el Considerando 72 de la Directiva de protección de datos, que refiere a combinar derechos fundamentales que sean aplicables al mismo tiempo, en este caso la protección de datos y el acceso a los documentos oficiales.

En muchas situaciones, especialmente en el sector público se ha usado esta disposición en contra del derecho a la protección de datos. Hay muchos casos en Suecia y Finlandia donde la Corte no utiliza la legislación de protección de datos, ya que opinan que la apertura y la transparencia son más importantes, lo cual constituye un punto de vista tradicionalmente nórdico.

Actualmente existen muchos derechos fundamentales y cada día se

prioriza alguno, lo cual se vuelve un problema. Para ejemplificar, se presenta un caso de la Suprema Corte de Finlandia, en el cual un prisionero pide compensación porque su correspondencia fue abierta. La Corte sentencia que el caso no cumple los requisitos de la ley de daños judiciales. Finlandia no fue parte del Consejo de Europa hasta los ´90 y hasta el día de hoy si la solución a un problema legal no está en la ley doméstica, el problema está fuera de discusión.

A continuación se comenta que hay una nueva Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad y pocos piensan en el rol de esta Convención en la protección de datos, se habla de auto determinación apoyada. El problema es quién puede usar y cómo los datos de las personas con discapacidad, ya que la Convención tiene un ámbito muy amplio.

Cuando se redactó la Directiva no se tuvo en cuenta a los niños, en la nueva redacción se tienen en cuenta en parte.

En Europa existe el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales. Cada vez que se procesan datos personales, se está procesando un derecho fundamental.

El derecho a la protección de datos como un derecho humano separado de la privacidad trae dos desarrollos significativos: por un lado el fortalecimiento de los derechos del individuo en el ambiente digital, donde ya no se puede pensar en los datos como materia prima y por otro, los estándares de protección de datos se vuelven cada vez más importantes.

La Corte de Justicia de la Unión Europea ha establecido que la protección de datos también se debe considerar incluso cuando los datos sean en cierta forma públicos. Finlandia tuvo que cambiar la legislación ya que se suponía que si algún dato era público, entonces se podía utilizar.

Ya no se está en la sociedad de la información sino en la sociedad en red, donde el gobierno de la información es más importante que el gobierno electrónico. Nuestros derechos deben ser efectivos lo antes posible. La decisión de la Corte Europea demoró ocho años y en ese tiempo se realizaron

negocios con los datos personales.

En la sociedad en red, todos dependen de redes y sistemas digitales a los que se debe tener acceso. En el gobierno de la información los ciudadanos tienen interacción con el sector público y se puede monitorear los asuntos. La tecnología da las posibilidades para ello.

Las regulaciones deben apuntar a un bienestar legal, que haga que los derechos se efectivicen lo antes posible en el entorno digital.

Respecto al planeamiento legal, Finlandia cuenta con privacidad desde el diseño desde 1987, con la primera ley de protección de datos. La seguridad de la información se vuelve así un “meta derecho fundamental”.