

REVISTA DE Derecho Comunitario Europeo



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

ESTUDIOS

I. LIROLA DELGADO

Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis

M. M. MARTÍN ÁLVAREZ

Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis

M. ROBLES CARRILLO

El concepto de acoso en el derecho de la Unión Europea

S. CARRERA NÚÑEZ y G. MARRERO GONZÁLEZ

La ciudadanía Europea en venta

NOTAS

C. QUESADA ALCALÁ

Las víctimas encuentran su lugar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

J. L. DE CASTRO RUANO

El Comité de las Regiones en su vigésimo aniversario

M. I. GONZÁLEZ PASCUAL

El TJUE como garante de los derechos en la UE tras la sentencia Digital Rights Ireland

G. FERNÁNDEZ ARRIBAS y M. HERMOSÍN ÁLVAREZ

Los obstáculos de la regulación española sobre el impuesto de sucesiones y donaciones

P. GARCÍA ANDRADE

La ciudadanía europea y la sucesión de Estados

49

Año 18

Madrid

septiembre/diciembre

2014

ISSN: 1138-4026

ESTUDIOS



NOTAS



JURISPRUDENCIA



LEGISLACIÓN



BIBLIOGRAFÍA

ISSN: 1138-4026, Madrid
Núm. 49, septiembre/diciembre (2014)
Cuatrimestral

Directores:

GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS
Antiguo Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

Catedrático de la Universidad de Granada (Director Ejecutivo)

Comité de redacción

Fernando Castillo de la Torre
Servicio Jurídico de la Comisión Europea, Bruselas

Valeria di Comite
Profesora de la Universidad Aldo Moro de Bari

José Manuel Cortés Martín
Profesor Titular de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Justo Corti Varela
Profesor de la Universidad San Pablo-CEU de Madrid

Sara Iglesias Sánchez
Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo

Pablo Martín Rodríguez
Profesor Titular de la Universidad de Almería

Sixto Sánchez Lorenzo
Catedrático de la Universidad de Granada

Daniel Sarmiento
Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid. Letrado del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo

Antonio Segura Serrano
Profesor Titular de la Universidad de Granada

Marta Sobrido Prieto
Profesora Titular de la Universidad de La Coruña

Consejo Asesor

Victoria Abellán Honrubia
Catedrática de la Universidad de Barcelona

Enoch Albertí Rovira
Catedrático de la Universidad de Barcelona

Ricardo Alonso García
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Loïc Azoulay
Catedrático del Instituto Universitario Europeo de Florencia

Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano
Catedrático de la UNED

Georges Bermann
Catedrático de la Universidad de Columbia, Nueva York

Armin von Bogdandy
Catedrático y Director del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg

Ángel Boixareu Carrera
Director General en el Consejo de la UE, Bruselas

Laurence Burgorgue-Larsen
Catedrática Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne

Nuria Bouza Vidal
Catedrática de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Oriol Casanovas y La Rosa
Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Edorta Cobreros Mendazona
Catedrático de la Universidad del País Vasco

Secretaria:

NILA TORRES UGENA
Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid

Pedro Cruz Villalón
Abogado General del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo. Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier Díez-Hochleitner
Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid

Concepción Escobar Hernández
Catedrática de la UNED. Miembro de la Comisión de Derecho Internacional, Ginebra

Gaudencio Esteban Velasco
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Ramón Falcón y Tella
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Marcello di Filippo
Catedrático de la Universidad de Pisa

Gregorio Garzón Clariana
Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona. Antiguo Jurisconsulto del Parlamento Europeo

Luis Norberto González Alonso
Profesor Titular de la Universidad de Salamanca

Luis M. Hinojosa Martínez
Catedrático de la Universidad de Granada

Diego Liñán Noguera
Catedrático de la Universidad de Granada

Antonio López Castillo
Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid

Jean-Victor Louis
Catedrático emérito de la Universidad Libre de Bruselas

Araceli Mangas Martín
Catedrática de la Universidad de Complutense de Madrid

José Martín y Pérez de Nanclares
Catedrático de la Universidad de Salamanca. Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación

Santiago Muñoz Machado
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Manuel Pérez González
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Pablo Pérez Tremps
Magistrado emérito del Tribunal Constitucional y Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid

Fabrice Picod
Catedrático de la Universidad Paris II Panthéon-Assas

Antonio Ortíz-Arce
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Rosario Silva de Lapuerta
Jefe del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo

José Manuel Sobrino Heredia
Catedrático de la Universidad de La Coruña

Ignacio Ulloa Rubio
Jefe del Tribunal General de la UE, Luxemburgo

Alejandro del Valle Gálvez
Catedrático de la Universidad de Cádiz

Eduardo Vilariño Pintos
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

EL TJUE COMO GARANTE DE LOS DERECHOS EN LA UE A LA LUZ DE LA SENTENCIA DIGITAL RIGHTS IRELAND

MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL*

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ANTECEDENTES
- III. LA DIRECTIVA RETENCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES
 - 1. LOS TRIBUNALES NACIONALES FRENTE A LA DIRECTIVA DE RETENCIÓN DE DATOS
 - 2. LA DECISIÓN DEL TJUE EN EL ASUNTO DIGITAL RIGHTS IRELAND
- IV. EL TJUE COMO GARANTE DE LOS DERECHOS
- V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es analizar la protección de los derechos por el TJUE, tomando como eje central su inevitable dependencia de los Tribunales nacionales y, en cierta medida, del TEDH. La Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, de Retención de Datos supone un marco inigualable para este análisis, ya que fue cuestio-

* Profesora Agregada. Universitat Pompeu Fabra. El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto MICINN DER2011-29207-C02-01. Gracias a Giuseppe Martini-co por sus comentarios a este trabajo que, sin duda, han ayudado a mejorarlo, así como a los dos revisores anónimos.

nada por diferentes tribunales y sus respuestas han dependido del rol que cada uno se confirió a sí mismo y al TJUE.

Con este objetivo, en primer lugar, se expondrá brevemente la polémica que rodeó a la Directiva de Retención de Datos desde su aprobación. En segundo lugar, se abordarán los conflictos de derechos fundamentales que derivaron de dicha Directiva. De hecho, la problemática generada por la norma provino en gran medida de las peculiaridades de los derechos principalmente afectados. En tercer lugar, se analizará la respuesta que los Tribunales Constitucionales y Supremos, de una parte, y el TJUE, de la otra, dieron a la injerencia en los derechos que conllevaban las leyes de transposición y la Directiva respectivamente. En último lugar, se estudiará el sistema de defensa de los derechos desde la perspectiva de la cooperación judicial a la luz de las últimas evoluciones legales y jurisprudenciales.

II. ANTECEDENTES

La Directiva de Retención de Datos ha sido quizás la norma más polémica de la UE. Dicha directiva fue aprobada tras los atentados de Madrid y Londres, y preveía la conservación de datos personales para que estuvieran «*disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves [...] como el terrorismo y la delincuencia organizada*»¹. Con dicho objetivo, la directiva fijaba la obligación de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de conservar, durante un mínimo de seis meses y un máximo de dos años, datos relativos a las comunicaciones. Estos datos debían permitir identificar en las comunicaciones telefónicas y electrónicas el usuario del servicio, el destinatario de la comunicación, así como otras circunstancias básicas de la comunicación.

Los datos afectados, entre otros, eran los números de teléfono o de IP del aparato emisor y receptor, nombre y dirección de los usuarios, fecha, hora de comienzo y de finalización de la llamada, datos que identificasen geográficamente el equipo emisor, tanto en los aparatos fijos como móviles, así como el tipo de comunicación (teléfono, fijo o móvil, o servicio de Internet empleado). De manera que se excluía expresamente el contenido de la comunicación pero se incluían prácticamente todas las circunstancias que la habían rodeado.

¹ Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, de Retención de Datos (DO L 105, de 13 de abril de 2006), considerando 21.

En un primer momento se propuso la aprobación de una decisión marco, a iniciativa de Reino Unido, Suecia, Irlanda y Francia², pero un año después la Comisión presentó una propuesta de directiva. Desde la perspectiva de los derechos, su aprobación como directiva permitió participar al Parlamento Europeo, y ampliar la capacidad de control del Tribunal de Luxemburgo y de los organismos consultivos en materia de protección de datos³. De hecho, el Parlamento Europeo exigió un reforzamiento de los derechos⁴. Asimismo, el Supervisor Europeo de Protección de Datos Personales y el Grupo del artículo 29 fueron muy activos⁵ y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se pronunció en dos ocasiones sobre la directiva, anulando en la segunda la norma⁶.

La controversia generada por la Directiva de Retención Datos se reflejó en su transposición. Algunos Estados Miembros se resistieron a aprobar la norma de transposición por la fuerte oposición interna⁷, mientras que en otros

² Draft Framework Decision on the retention of data processed and stored in connection with the provision of publicly available electronic communications services or data on public communications networks for the purpose of prevention, investigation, detection and prosecution of crime and criminal offences including terrorism. Council Doc 8958/04 (28.Abril.2004).

³ Sobre el proceso de aprobación de la Directiva véase, BIRNAMI, F., «Privacy and Law Enforcement in the European Union: The Data Retention Directive», *Chicago Journal of International Law*, 8, 2007, pp. 241 y ss.

⁴ El Parlamento Europeo aprobó la Directiva de Retención de Datos bajo la condición de que se aprobara una Decisión Marco sobre la protección de datos personales respecto de la cooperación policial y judicial, HERT, P./ PAPANIKOLAOU, V., «The data protection framework decision of 27 November 2008 regarding police and judicial cooperation in criminal matters», *Computer Law & Security Review*, 25, 2009, p. 406.

⁵ Véanse las opiniones 4/2005 (WP 113) y 3/2006 (WP 119), del Grupo de Trabajo del Artículo 29 y el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la retención de los datos (2005/C 298/01).

⁶ Sentencia de 10 de febrero de 2009, Irlanda/Parlamento y Consejo, C-301/06, Rec. p. I-00593, apartado 80 y Sentencia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland, asuntos acumulados C-293/12 y 594/12, aún no publicada, apartados 49 y 40.

⁷ De hecho la Comisión inició varios recursos de incumplimiento. Sentencias de 26 de noviembre de 2009, Comisión/Grecia, C-211/09, Rec., p. I-0024; de 29 de Julio de 2010, Comisión / Austria, C-189/09, Rec I-00099; de 26 de Noviembre de 2009, Comisión / Irlanda, C-202/09, Rec I-00203; de 4 de Febrero de 2010, Comisión / Suecia, C-185/09, Rec I-00014. Incluso, dado que Suecia seguía sin transponer la norma, fue condenada a pagar tres millones de euros. Sentencia de 30 de mayo de 2013, Comisión / Suecia, C-270/11 (no publicada aún).

Estados Miembros el conflicto llegó a los tribunales nacionales⁸. En términos generales, los aspectos más controvertidos eran si la retención indiscriminada de datos relativos a las comunicaciones no suponía una violación, cuando menos, del derecho a la vida privada y a la protección de datos personales, y, de no serlo, qué requisitos debía cumplir la norma para que dicha retención no vulnerase dichos derechos.

A pesar de que los casos eran indudablemente similares, la respuesta de los tribunales nacionales fue diferente. El Tribunal Constitucional rumano declaró de manera implícita pero indubitada que la directiva no respetaba los derechos fundamentales, los Tribunales Constitucionales de la República Checa y de la República Federal Alemana, y los Tribunales Supremos de Chipre y Bulgaria⁹ declararon nulas algunas o todas las disposiciones de las normas de transposición. Por último, el Tribunal Constitucional austríaco y la Corte Suprema irlandesa elevaron una cuestión prejudicial.

Las diferencias entre las respuestas judiciales no se debieron tanto a las garantías de los derechos en cada sistema constitucional o a las singularidades de las leyes de transposición, sino a la posición que cada tribunal nacional adoptó respecto de la norma de la UE. En definitiva, la distinta percepción del rol que cada tribunal debe jugar en la UE implicó que siguieran caminos sustancialmente diferentes.

III. LA DIRECTIVA RETENCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES

La diferencia entre el derecho a la vida privada y la protección de datos

⁸ En otros Estados la Directiva de Retención de Datos pasó bastante desapercibida. Así, en España la Asociación de Internautas pidió al Defensor del Pueblo que planteara un recurso de inconstitucionalidad, petición que este rechazó. Más allá de este hecho puntual apenas hubo discusión sobre la norma de transposición (Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones). Un comentario crítico a la ley española en CUBERO MARCOS, J. I. y ABERASTURI GORRIÑO, U., «Reflexiones en torno a la protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas», *RVAP*, núm. 18, 2007, pp. 97 y ss.

⁹ También se plantearon recursos ante los Tribunales Constitucionales de Hungría y Eslovaquia, sin embargo en el primer caso la reforma constitucional hizo caer el recurso y en el segundo el Tribunal de Justicia se pronunció antes de que lo hiciera el Tribunal Constitucional.

personales ha sido compleja, ya que el derecho de protección de datos surgió como derivado del derecho a la intimidad en la jurisprudencia hasta convertirse en derecho autónomo¹⁰. En todo caso, los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconocen ambos derechos de manera diferenciada.

La Directiva de Retención de Datos supuso un ejemplo paradigmático de concurrencia y parcial solapamiento de ambos derechos. Así, la norma hacía expresa referencia a la normativa europea de protección de los datos personales, sin embargo los datos a que afectaba eran «*más que personales*» al referirse «*esencialmente a la vida privada, al secreto de la vida privada, incluida la intimidad*»¹¹. En definitiva, los datos relativos a las circunstancias que rodean una comunicación forman parte del derecho a la vida privada, ya que permiten conocer cuestiones personales¹².

De este modo, el almacenamiento de estos datos era una injerencia en el derecho a la vida privada. Además, la norma afectaba el derecho a la protección de datos personales, porque los datos almacenados debían ser objeto de tratamiento. Por tanto, debía tenerse en cuenta que la norma impactaba directamente en el derecho a la vida privada y se debían respetar los requisitos relativos a la calidad de los datos personales¹³. Sin embargo, la directiva no

¹⁰ Sobre la evolución del derecho a la protección de datos en diversos países europeos. ARENAS RAMIRO, M. *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 381 y ss. En cuanto a su tratamiento por el TEDH y el TJUE, KOKOTT, J./SOBOTA, CH., «The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR», *International Data Privacy Law*, 2013, Vol. 3, No. 4, pp. 222 y ss. Esta evolución también se refleja en la diferente terminología que usan los sistemas constitucionales. Ahora bien, para simplificar el análisis, comentaré las sentencias relativas a la Retención de Datos empleando los términos derecho a la vida privada y protección de datos personales en el mismo sentido que el TJUE.

¹¹ Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, de 12 de diciembre de 2013, Digital Rights Ireland, C 293/12, punto 65.

¹² STEDH, *Malone c. Reino Unido*, de 2 de agosto de 1984, par. 84.

¹³ Los datos deben ser recogidos de manera legal y lícita, con un fin determinado, explícito y legítimo. Además, los datos deben ser exactos, siendo actualizados cuando sea pertinente, así como adecuados y no excesivos con relación al fin preestablecido, debiendo almacenarse únicamente durante el tiempo estrictamente necesario para alcanzar dicho fin. Art. 6 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, 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 (DO L 281, de 24 de octubre de 1995).

incluía garantías ni del derecho a la vida privada, ni del derecho a la protección de datos personales.

La ausencia de garantías en la Directiva de Retención de Datos fue avallada implícitamente por el propio TJUE en la sentencia Irlanda contra Comisión y Parlamento, que traía causa de un recurso de nulidad que cuestionaba la base jurídica sobre la que se fundamentaba la Directiva.

A juicio de Irlanda el objetivo predominante de la norma no era armonizar el mercado, sino facilitar la investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales. Por tanto, consideraba que la base jurídica no podía ser el artículo 95 TCE sino los artículos 30, 31 y 34 del TUE. Sin embargo, el TJUE estimó que los preceptos de la Directiva se limitaban *«a las actividades de los prestadores de servicios y no regulan el acceso a los datos ni la explotación por las autoridades policiales o judiciales de los Estados miembros»*¹⁴.

De esta manera separó el almacenamiento de los datos, como actividad a llevar a cabo por operadores privados, del acceso a los mismos por parte de las autoridades policiales. Como la Directiva regulaba el primero de dichos elementos y la disparidad de regulaciones podía menoscabar el mercado interno, el Art. 95 TCE era la base jurídica apropiada para aprobarla.

Esta interpretación del TJUE no solo significaba una interpretación expansiva del artículo 95 TCE¹⁵, sino que tenía consecuencias para los derechos fundamentales. En definitiva, avalaba que el almacenamiento de datos relativos a las comunicaciones era una actividad comercial, siendo tan solo el acceso una acción posiblemente represiva de los derechos¹⁶. En puridad el TJUE no decidió sobre los derechos¹⁷ pero condicionó las normas nacionales, ya que desplazó las garantías de los derechos sobre las normas de transposición.

Posiblemente, como reconoció implícitamente el Abogado General, el problema era la compleja estructura de pilares del Derecho de la Unión en aquel

¹⁴ Sentencia, de 10 de Febrero de 2009, Irlanda/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-301/06, Rec. p. I-00593, apartado 80.

¹⁵ Sobre dicha sentencia, desde la perspectiva de las competencias de la UE, HERLIN-KARNELL, E., «Ireland v. Parliament and Council, Comment», *CMLRev*, vol 46 (5), 2009, pp. 1673 y ss.

¹⁶ Apartados 82 y 83 de la sentencia.

¹⁷ Como el propio TJUE afirmó, *«el recurso interpuesto por Irlanda se refiere únicamente a la elección de la base jurídica y no a una posible violación de los derechos fundamentales resultante de las injerencias que implica la Directiva 2006/24 en el derecho al respeto de la vida privada»*. Afirmación que podría interpretarse como un llamamiento del Tribunal de Luxemburgo a que el caso volviera a plantearse pero desde la perspectiva de los derechos. Apartado 57 de la sentencia

momento¹⁸. La aprobación como directiva otorgaba más garantías a los derechos que su tramitación como decisión marco, como pedía Irlanda, y este hecho pudo condicionar la decisión. Sin embargo, en el largo plazo, negar que el objetivo de la norma era la cooperación judicial y policial dificultó la garantía de los derechos

No cabe desligar el almacenamiento de datos de la finalidad específica que cumple, finalidad que debe estar clara en la norma¹⁹. Al considerar que el almacenamiento se justificaba por la armonización del mercado interior y el acceso por las potestades policiales, el TJUE desgajaba del derecho una de sus garantías principales. La idea que latía detrás era que las leyes de transposición podrían suplir esta carencia. Sin embargo, es difícil compartir esta percepción.

En primer lugar, la obligación de almacenar los datos, configurada de manera exhaustiva en la Directiva, suponía una injerencia en el derecho a la vida privada. En segundo lugar, la Directiva establecía que la finalidad de la norma era investigar delitos graves que serían definidos en la norma nacional. No solo la fijación de dicho objetivo imponía elevar las cautelas²⁰, sino que distaba de ser una finalidad concreta²¹. En tercer lugar, la Directiva tenía

¹⁸ Conclusiones del Abogado General Yves Bot, de 14 de octubre de 2008, Irlanda/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C 301/06, punto 108.

¹⁹ Al respecto basta recordar la sentencia sobre la ley del censo del Tribunal Constitucional alemán, auténtico leading case para la protección de datos en Europa. En dicha sentencia se ponía de relieve cómo las oportunidades de tratamiento de la información que ofrece la informática han ampliado el alcance de los datos personales. Ya no se protege sólo el dato aislado, sino también la puesta en común de datos aparentemente inocuos, los cuales deben ser almacenados con un fin predeterminado por el legislador y conocido por el individuo. El particular debe saber quién, cuándo, cuáles y con qué propósito dispone de sus datos. La información del ciudadano debe ser la regla y la determinación del fin con el que se almacenan es indispensable. Almacenar datos que no sean anónimos con fines indeterminados o por determinar es absolutamente incompatible con el reconocimiento de este derecho BVerfGE 65, 1(42- 46)

²⁰ Recogidas en la Recomendación No. R (87) 17 reguladora del uso de datos personales en el ámbito policial, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de Septiembre de 1987.

²¹ La propia Comisión reconocía la ambigüedad del término e, incluso, abogó por recoger la misma lista de delitos que la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea. Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC). COM (2011) 225 final p. 41. No obstante, es difícil compartir su propuesta ya que uno de los puntos débiles de la Decisión Marco sobre la orden de detención europea es precisamente la indefinición que caracteriza al listado de delitos que contiene.

un enorme alcance ya que obligaba a almacenar datos personales del conjunto de la ciudadanía durante un mínimo de seis meses. No es de extrañar que los tribunales, tanto los nacionales como el TJUE, cuestionaran el alcance, la ambigüedad y la proporcionalidad de las medidas.

1. LOS TRIBUNALES NACIONALES FRENTE A LA DIRECTIVA DE RETENCIÓN DE DATOS

Las leyes de transposición no solo recogieron el almacenamiento generalizado e indiscriminado de los datos, y el acceso a los mismos para investigar y perseguir la comisión de delitos graves, sino que ampliaron el alcance de la retención. Tampoco previeron en general garantías. Así, cuatro Estados Miembros fijaron el acceso a los datos para perseguir los delitos graves sin definir esta categoría, en otros ocho Estados Miembros se amplió el acceso a conductas que no constitúan delitos graves. Solo quince Estados exigieron que se cumpliera con los principios de calidad de los datos personales y, solo en once el acceso exigía autorización judicial individualizada²².

Ahora bien, cuando los Tribunales Constitucionales de Rumania, de la República Federal Alemana y de la República Checa tuvieron que juzgar la constitucionalidad de las leyes nacionales, partieron de la injerencia que la Directiva de Retención de Datos provocaba en los derechos. En otros términos, el punto de partida era el impacto sobre los derechos fundamentales del almacenamiento de datos previsto en la norma europea. Este impacto fue determinante para declarar las leyes nacionales inconstitucionales, incluso más que las medidas decididas unilateralmente por los legisladores estatales.

De acuerdo con la interpretación más aceptada en la materia, para fijar el alcance de un almacenamiento de datos personales es necesario tener en cuenta la información que puede verse comprometida, aisladamente considerada y puesta en común. Además, es determinante si el sujeto lleva a cabo o no alguna conducta que justifique el almacenamiento de datos. Por último, es fundamental valorar qué actividades públicas pueden derivarse del tratamiento de los datos. En definitiva, no solo es importante el almacenamiento y tratamiento de datos, sino también las acciones públicas subsiguientes²³.

²² Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Evaluation report on the Data Retention Directive (Directive 2006/24/EC). COM (2011) 225 final.

²³ BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Marginales 75-80. <http://www.bverfg.de/entscheidungen.html>.

Por tanto, debe tomarse en consideración cuántos titulares del derecho están siendo afectados, bajo qué premisas y si su comportamiento ha generado esa actuación. Asimismo, debe concretarse si, tras esas medidas, el individuo sigue siendo anónimo, qué información personal se ha recogido y qué consecuencias pueden derivarse²⁴.

La retención de datos abarcaba prácticamente cualquier comunicación de todos los individuos, en consecuencia, impactaba directamente en el derecho a la vida privada²⁵. La posibilidad de acceder y tratar las circunstancias relativas a comunicaciones telefónicas y electrónicas de los ciudadanos durante seis meses, permite reconstruir el perfil social e individual de un individuo. No sólo es posible conocer su pertenencia a asociaciones, o grupos de interés, sino también sus tendencias, preferencias y debilidades íntimas. Además, cualquier persona puede ser investigada simplemente porque le llame un individuo sospechoso²⁶. Por último, el elevado número de empresas obligadas a conservar los datos aumenta el riesgo de un uso incorrecto de los mismos.

Este fue el punto de partida de los Tribunales Constitucionales. Con base en esta argumentación, el Tribunal Constitucional rumano aseveró que el almacenamiento de datos previsto en la directiva suponía una violación de los derechos reconocidos por la Constitución de Rumania y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Por tanto, declaró inconstitucional la ley de transposición en su conjunto. Aún más, fue particularmente duro en los términos empleados, ya que afirmó que la norma reducía los derechos al absurdo y destruía la democracia. De este modo, en la praxis, hizo imposible la transposición ya que la sentencia no solo se refería al acceso sino también al almacenamiento previsto por la directiva²⁷.

²⁴ BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Marginales 94-95. Conforme a dichos parámetros, la intensidad de la injerencia en los derechos provocada por la retención de datos era tan elevada que no había precedentes en el sistema constitucional alemán. BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 210.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 22. www.edri.org/files/DataRetention_Judgment_ConstitutionalCourt_CzechRepublic.pdf (traducción no oficial).

²⁶ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginales 210-212.

²⁷ El Tribunal Constitucional Rumano consideró incompatible con los derechos al almacenamiento indiscriminado de datos relativos a las comunicaciones durante seis meses, con el fin de perseguir actos delictivos. Sentencia del Tribunal Constitucional Rumano de 8 de octubre de 2009, N. 1258. <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/342/79/> (traducción al alemán no oficial). Es evidente que el tribunal rumano estaba convencido de que la directiva vulneraba los derechos fundamentales, ya que declaró inconstitucional, de manera indirecta, el núcleo de la misma.

La postura de los Tribunales Constitucionales checo y alemán fue diferente. Ambos consideraron que las medidas previstas suponían una injerencia elevada en los derechos y, por tanto, el estándar de protección ofrecido por la norma debía ser particularmente elevado²⁸. En otros términos, no declararon el almacenamiento inconstitucional en sí mismo, sino que estudiaron el impacto de las medidas y las salvaguardas contenidas en las leyes nacionales.

Por tanto, las circunstancias y condiciones en que iba a producirse la injerencia debían fijarse en una ley con precisión. Además, debían definirse las potestades del poder público. Por último, para cumplir con el principio de proporcionalidad, la medida debía ser necesaria, adecuada y proporcionada en sentido estricto²⁹. Estos requisitos debían cumplirse de manera rigurosa.

Este estándar tan solo se debía aplicar al acceso a los datos manteniendo así, teóricamente, la integridad de la directiva. Sin embargo, esta disección de la norma no era sencilla. De hecho, la separación entre el almacenamiento y el acceso rompía claramente, por ejemplo, con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán³⁰. Igualmente contradecía la jurisprudencia del TEDH en este punto, establecida esencialmente en el caso *Marper c. Reino Unido*. No es de extrañar, por tanto, que los dos Tribunales Constitucionales fracasaran en su intento de proteger los derechos fundamentales manteniendo la directiva.

En primer lugar, para determinar si el almacenamiento de datos supone una injerencia en la vida privada, y su alcance, es preciso ponderar la naturaleza de los datos y el uso que se les pretende dar. Así, para concretar si el almacenamiento supone una violación del derecho a la vida privada, debe tenerse en cuenta el contexto en que se recogió y almacenó la información, la naturaleza de los registros en que se contienen, la manera en que van a ser usados y los resultados que pueden obtenerse³¹. Sin embargo, al intentar decidir solo sobre el acceso a los datos, los Tribunales Constitucionales aceptaron que, en principio, cabe cualquier almacenamiento indiscriminado de todo tipo de datos.

Además, aunque el alcance de la retención generalizada sea claro, la norma debe reunir un conjunto de características para respetar los derechos. Así,

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 45

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 37

³⁰ GONZÁLEZ PASCUAL, M., «El Tribunal Constitucional Federal alemán ante la compatibilidad con los derechos fundamentales de la normativa nacional de origen europeo de prevención de delitos», *RDCE*, núm. 34. 2009, pp. 947-953.

³¹ STEDH, *Marper c. Reino Unido*, de 4 de mayo del 2000, par. 67.

la norma debe ofrecer protección jurídica contra posibles arbitrariedades e indicar claramente el alcance de la discrecionalidad y de las potestades de las autoridades públicas³². En consecuencia, debe recoger de manera clara garantías mínimas como la duración exacta del almacenamiento, el uso que se va a dar a los datos, las posibilidades de acceso de terceros y las garantías que se establecen para preservar la integridad y la confidencialidad. Por último, debe prever la destrucción de los datos y medidas eficaces para evitar abusos o arbitrariedades en su uso³³.

Los Tribunales Constitucionales checo y alemán siguieron una línea interpretativa muy similar a la del TEDH³⁴. En este sentido, ambos Tribunales afirmaron que no puede regularse un almacenamiento indiscriminado de datos sin garantizar un estándar de seguridad especialmente elevado³⁵. Además, exigieron la transparencia del uso de los datos, así como la intervención judicial para cualquier tratamiento de los datos y sanciones adecuadas en caso de infracción de cualquiera de las medidas de seguridad, transparencia y salvaguarda previstas. Dado que las leyes de transposición no establecían dichas medidas, o eran insuficientes, vulneraban el principio de proporcionalidad.

En cuanto al acceso, ambos tribunales cuestionaron la amplitud que las normas nacionales daban a la referencia a la «comisión de delitos graves» que contenía la directiva. A su juicio el acceso a los datos solo podía tener lugar cuando se tratara de una sospecha fundada de la probable comisión de un delito grave o una amenaza a la seguridad pública caso por caso³⁶.

Cabría pensar que los Tribunales Constitucionales realmente se ciñeron al análisis del espacio que podía decidir el legislador nacional pero declararon inconstitucionales todos los artículos. El Tribunal Constitucional alemán incluso ordenó destruir los datos que ya habían sido recopilados³⁷. En realidad,

³² STEDH, *Marper c. Reino Unido*, de 4 de mayo del 2000, par. 95.

³³ STEDH, *Marper c. Reino Unido*, de 4 de mayo del 2000, par. 99.

³⁴ Si bien el TEDH prefiere incluir estos requisitos en la exigencia de que la injerencia se prevea por ley, mientras que los Tribunales Constitucionales las derivan del principio de proporcionalidad.

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 51. El Tribunal Constitucional alemán incluso exigió un almacenamiento separado de los datos, un código de acceso criptográfico altamente complejo y un régimen de acceso a los archivos reforzado mediante un protocolo de seguridad y doble llave de apertura BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 223.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 48.

³⁷ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 306.

una vez declarado el amplio alcance de la violación de los derechos, habría sido insostenible mantener las leyes de transposición. Los tribunales exigieron una nueva ley que compensara la retención pero hasta que dicha reforma tuviera lugar, las leyes debían anularse so pena de perpetuar una situación de violación de los derechos. Sin embargo, en la praxis, las exigencias a las leyes nacionales eran tan elevadas que era casi imposible su redacción³⁸.

Otros tribunales nacionales se limitaron a cuestiones tangenciales, sin entrar en el fondo. Así, el Tribunal Supremo búlgaro solo declaró inconstitucionales algunos artículos de la ley de transposición porque carecían de claridad, sin que se vieran afectadas las obligaciones establecidas en la directiva³⁹. El Tribunal Supremo chipriota declaró inconstitucional el acceso a los datos fuera de los casos que la Constitución expresamente previa⁴⁰, sin hacer referencia al almacenamiento. Ahora bien, si la finalidad de la directiva era que las fuerzas de seguridad pudieran acceder a los datos para perseguir los delitos graves, impedirles el acceso equivalía a desvirtuar la norma en la práctica⁴¹. Además, esta vía desconocía el impacto de la norma en los derechos fundamentales porque la separación entre almacenamiento y acceso, aunque aceptada en la citada sentencia Irlanda contra Comisión, era una ficción jurídica insostenible.

No en vano, el Tribunal Constitucional austríaco afirmó que, a su juicio, no cabía una transposición de la Directiva de Retención de Datos que respe-

³⁸ Como puso de relieve el voto particular del magistrado Schluckebier BVerfG, I BvR 256/08 vom 2.3.2010.

³⁹ La ley búlgara permitía el acceso a los datos a una dirección del ministerio del interior a las fuerzas de seguridad en «supuestos de seguridad nacional» y para la «persecución del crimen» sin necesidad de autorización judicial. Asimismo no se fijaban mecanismos de salvaguarda frente a posibles abusos o arbitrariedades en el tratamiento de la información. Estos extremos fueron declarados contrarios a la Constitución búlgara y al CEDH por el Tribunal Supremo. <http://history.edri.org/edri-gram/number6.24/bulgarian-administrative-case-data-retention>.

⁴⁰ El artículo 17 de la Constitución de Chipre solo permitía injerencias en el secreto de las comunicaciones si la comunicación se había producido por medios ilegales, si se trataba de un detenido o si atañía a comunicaciones profesionales de personas en procesos de insolvencia. El Tribunal Supremo resolvió cuatro peticiones individuales de anulación del acceso de la policía a los datos y, siguiendo la Constitución, solo aceptó el acceso en un supuesto en que se había llevado la comunicación mediante un móvil ajeno permiso. MARKOU, CH., «The Cyprus and other EU court rulings on data retention: The Directive as a privacy bomb», *Computer law & security review*, 28, 2012, p. 472.

⁴¹ Eso debió pensar el legislador chipriota ya que poco después de las sentencias del Tribunal Supremo reformó el Art. 17 de la Constitución para incluir el acceso a los datos en los casos de investigación y persecución de delitos graves. MARKOU, CH, ob. cit., p.473.

tara a los derechos⁴². Una vez establecido que el legislador nacional no tenía margen para garantizar los derechos, consideró necesario elevar una cuestión prejudicial. Camino que ya había emprendido la Corte Suprema irlandesa.

2. LA DECISIÓN DEL TJUE EN EL ASUNTO DIGITAL RIGHTS IRELAND

El TJUE se pronunció sobre la compatibilidad de la Directiva de Retención de Datos con los derechos fundamentales mediante sentencia de 8 de abril de 2014. Su decisión fue clara, la Directiva era nula por vulneración de los Arts. 7 y 8 CDFUE.

La sentencia sigue un razonamiento muy similar al de los Tribunales Constitucionales checo y alemán. Así, el TJUE considera que la Directiva suponía una injerencia elevada en los arts. 7 y 8 CDFUE. Esta injerencia no vulneraba el contenido esencial de los derechos porque no se accedía al contenido de las comunicaciones, y eran de aplicación las normas de protección de los datos⁴³. De manera que, en principio, cabe una retención de datos relativos a las comunicaciones en la Unión Europea.

Ahora bien, dicha injerencia debe preverse en una norma, responder a un interés general y ser necesaria y proporcionada (Art. 52.1 CDFUE). Estos requisitos deben aplicarse de una manera especialmente rigurosa. La aplicación de estos requisitos por el TJUE es conocida⁴⁴, sin embargo en el caso Digital Rights Ireland afirma que se ha producido una injerencia de especial gravedad. Esta afirmación lleva al TJUE a hacer consideraciones de gran importancia para los derechos en la UE.

En primer lugar, reconoce que el objetivo central de la directiva era la lucha contra la delincuencia grave⁴⁵, valor de suficiente entidad para legitimar una injerencia intensa en los derechos. De este modo, implícitamente, se desliga de su sentencia Irlanda contra Comisión, porque en ella afirmó que el objetivo principal era armonizar el mercado.

⁴² Auto del Tribunal Constitucional Austríaco, G 47/12-11, de 28 de noviembre de 2012, marginal 3.2. www.vfgh.gv.at.

⁴³ Sentencia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland, C-293/12 y C-594/12, apartados 39-40.

⁴⁴ Al respecto, entre otros, de VRIES, S. «Balancing Fundamental Rights with Economic Freedoms According to the European Court of Justice», *Utrecht Law Review*, Volume 9, Issue 1, 2013, pp. 172-175.

⁴⁵ Sentencia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland, C-293/12 y C-594/12, apartado 41.

Como ya ha sido comentado, posiblemente el Tribunal quería atraer la norma hacia el pilar comunitario pero esta decisión tenía consecuencias perniciosas. En definitiva, implicaba aceptar una injerencia intensa en los derechos fundamentales sobre la base del mercado interior, cuando tradicionalmente se requiere un valor de igual nivel o superior⁴⁶. De hecho, en el ámbito penal la capacidad de impacto de las normas sobre los derechos es mayor por el valor que se confiere a la seguridad y orden público.

En segundo lugar, afirma que la lucha contra la delincuencia es un objetivo de interés general de la Unión⁴⁷. Esta consideración no solo se basa en su propia jurisprudencia sino también en el Art. 6 CDFUE, que reconoce el derecho a la seguridad. Las potestades de la UE sobre el mantenimiento del orden seguridad pública han sido hartamente discutidas, si bien el Tratado de Lisboa ha reforzado la posición de la UE en este punto⁴⁸. En la sentencia Digital Rights Ireland, el TJUE afianza aún más estas potestades al poner de relieve que la CDFUE reconoce el derecho a la seguridad⁴⁹.

En tercer lugar, centra su atención en el principio de proporcionalidad. El TJUE reitera su jurisprudencia conforme a la cual la normativa europea no debe rebasar los «límites de lo que resulta apropiada y necesario» para el logro de los objetivos. Ahora bien, el alcance de su facultad de control podrá aumentar «en función de una serie de factores, entre los que figuran [...] El ámbito afectado, el carácter del derecho en cuestión garantizado por la Carta, la naturaleza y la gravedad de la injerencia, así como la finalidad de esta»⁵⁰. De este modo el TJUE, eleva el estándar del principio de proporcionalidad como ya hiciera en el caso Volker y Markus Schecke⁵¹. Este princi-

⁴⁶ Como pone de relieve el Abogado General, los motivos que avalaban su base jurídica (la armonización del mercado interior) no permitirían a la Directiva superar los requisitos del principio de proporcionalidad. Requisitos que sí podía cumplir si se reconocía como objetivo la represión de delitos graves. Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón, de 12 de diciembre de 2013, Digital Rights Ireland, C 293/12, puntos 102-103.

⁴⁷ Sentencia Digital Rights Ireland, *cit.*, apartado 44.

⁴⁸ GONZÁLEZ PASCUAL, M., «Criminal Law as an Essential Function of the State: Last Line of Resistance?», en SAIZ ARNAIZ, A., ALCOBERRO LLIVINA, C. (eds.) *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Antwerp, 2013.

⁴⁹ De hecho, en el preámbulo de la CDFUE se establece, casi en los mismos términos que en el Art. 3 TUE, que la UE supone un espacio de seguridad, libertad y justicia.

⁵⁰ Sentencia Digital Rights Ireland, *cit.*, apartado 47.

⁵¹ Sentencia de 9 de noviembre de 2010 Volker y Markus Schecke GbR Hartmut Eifert, C 92/09 y C 93/09, Rec. p. I-11063, apartado 86.

prio de proporcionalidad reforzado lleva al TJUE a considerar inválida la Directiva⁵².

Tradicionalmente el TJUE exige que una medida sea necesaria y adecuada pero no que sea proporcionada en sentido estricto. En algunas ocasiones ya había aplicado un estándar más elevado, en función del interés y de la fuente normativa en conflicto⁵³, pero era una jurisprudencia bastante excepcional. De hecho, para algunos autores, este principio proporcionalidad poco exigente era una deficiencia de su jurisprudencia⁵⁴. Sin embargo, la cautela del TJUE es comprensible.

De una parte, el principio de proporcionalidad en sentido estricto ha tenido fuertes críticas en los sistemas constitucionales. Los recelos hacia este principio podrían resumirse en aumento de la inseguridad jurídica, de la imprevisibilidad, llegando a la arbitrariedad en casos límites, y sustitución del legislador por los tribunales⁵⁵. De la otra, la ponderación del lugar que ocupa cada valor en un ordenamiento frente a los derechos en juego es mucho más compleja en un ordenamiento supranacional. Por ello, la precaución del TJUE frente a la proporcionalidad en sentido estricto se vincula al deseo de otorgar un espacio de decisión a los Estados Miembros en temas sensibles⁵⁶.

⁵² El TJUE considera que no se respeta el principio de proporcionalidad fundamentalmente por el alcance general e indiscriminado de la medida, por la vaguedad de la finalidad del almacenamiento, por establecer el mismo régimen para todo tipo de datos, por la carencia de salvaguardas respeto del almacenamiento y acceso a los datos y por el excesivo plazo de almacenamiento de los datos. Apartados 46 a 58 de la sentencia. Por tanto, declara la Directiva nula casi por las mismas razones que los Tribunales Constitucionales anulaban las leyes de transposición. Sobre la violación del principio de proporcionalidad por la Directiva de Retención de Datos, véase TRONCOSO REIGADA, A., «Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales», *REDE*, núm. 43, 2012.

⁵³ Al respecto, VRIES, S., *ob.cit.*, p.172-173

⁵⁴ DAVIES, G., «Subsidiarity: the Wrong idea, in the wrong place, at the wrong time», *CMLR*, 43, 2006, pp. 81-82

⁵⁵ OSSENBÜHL, «Abwägung im Verfassungsrecht», *Abwägung im Recht*, ERBGUTH, W. (Hrsg.), Carl Heymanns, Köln, 1996, p. 33. Es particularmente conocida la postura de Bernhard Schlink. A su juicio la necesidad y la adecuación de una medida son conceptos metódicamente correctos, porque son controlables y pueden ser examinados, pero la proporcionalidad en sentido estricto adolece de falta de racionalidad. Decidir si el sacrificio del derecho es de mayor o menor valor frente al bien jurídico sería, por tanto, simple «*decisionismo*». Esta decisión corresponde al campo de la política, ya que la sociedad ha de ponderar que debe prevalecer cuando se enfrenta un bien individual y otro de la comunidad. Por eso considera que se debería amputar el tercer paso del principio de proporcionalidad para conseguir una mínima racionalidad jurídica SCHLINK, B. «Freiheit durch Eingriffsabwehr», *EuGRZ*, 1984, p. 462.

⁵⁶ KÜHLING, J. «Grundrechte», *Europäisches Verfassungsrecht*, BOGDANDY, A. V. & BAST, J., Springer, 2009, pp. 695-696.

El equilibrio entre seguridad y libertad es una decisión fundamental de cada sociedad. Sin embargo, se acepta que, en ciertas ocasiones, concurre un orden público europeo. En este sentido, resulta cuando menos paradójico que las medidas restrictivas de los derechos se consideren respetuosas con las tradiciones constitucionales, pero no la fijación de garantías⁵⁷. A medida que el proceso de integración se profundiza deben reforzarse las garantías de los derechos, incluyendo los parámetros interpretativos de los mismos.

Ahora bien, la aplicación del principio de proporcionalidad también depende del tipo de norma al que se aplica. Así, en el ya mencionado caso *Völker* se trataba de un Reglamento, mientras que en *Digital Rights Ireland* el TJUE se enfrenta a una Directiva. En consecuencia, respecto de la Directiva de Retención de Datos, los Estados Miembros disponían de un margen de actuación y podían responsabilizarse de garantizar el derecho mediante la ley de transposición en principio⁵⁸.

Sin embargo, en realidad, diversos preceptos de las normas nacionales considerados contrarios a los derechos, daban estricto cumplimiento de la Directiva de Retención de Datos. La separación entre el almacenamiento y el acceso a los datos prevista en la directiva impedía la garantía de los derechos por los Estados Miembros. La única opción real para proteger los derechos era anular la directiva. Era la única alternativa que ofrecía una protección equivalente a la que otorga el CEDH y las Constituciones de los Estados Miembros (Art. 53 CDFUE)⁵⁹.

No cabe, por tanto, desplazar sobre los Estados la responsabilidad de preservar los derechos de una injerencia provocada por la normativa europea mediante la mera aprobación de una directiva. Corresponde a las institucio-

⁵⁷ SIEBER, U. «Die Zukunft des Europäische Strafrechts», *ZStW*, 121, 2009, p. 28

⁵⁸ De hecho el TEDH ha diferenciado el tipo de norma europea que origina el conflicto a la hora de determinar la responsabilidad de los Estados. Cuando la vulneración trae causa de los tratados constitutivos, la responsabilidad recae sobre los Estados. Si la lesión deriva de una norma o decisión europea que deja margen de actuación a los Estados, les es imputable la violación. En los casos en que la aplicación de una norma o decisión europeas no dejen margen de actuación, exige una protección equivalente de la UE. BUSTOS GISBERT, R., «Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos», en GARCÍA ROCA, F. J./FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.

⁵⁹ Auto del Tribunal Constitucional Austríaco, G 47/12-11, 28 de noviembre de 2012, marginal 5.2.

nes europeas velar porque la normativa de la UE no comprometa los derechos. El TJUE cuenta para ello con la CDFUE, que parece erigirse finalmente como un instrumento jurídico idóneo para que los derechos fundamentales jueguen un papel central en la jurisprudencia⁶⁰.

La doctrina ha sido muy crítica con la jurisprudencia del TJUE respecto de los derechos fundamentales, ya que tiende a resolver conflictos importantísimos de una manera telegráfica⁶¹. Por ello, la sentencia *Digital Rights Ireland* supone un notable avance. En ella el TJUE desarrolla sus argumentos siguiendo parámetros adecuados para la protección de los derechos fundamentales. De hecho el TJUE mejora claramente su jurisprudencia, ya que lleva a cabo un análisis detenido del conflicto.

Conviene también poner de relieve que, aunque la conclusión es casi idéntica, la construcción del TJUE difiere de la del Abogado General, ya que este incluye en sus conclusiones los parámetros de los tribunales nacionales y del TEDH. El Abogado General cita la jurisprudencia de los tribunales nacionales relacionada con la Directiva de Retención de datos, y apuesta por entender la exigencia de que la injerencia se prevea en una ley en los mismos términos que el TEDH⁶². Igualmente menciona sin ambages la proporcionalidad en sentido estricto⁶³. El TJUE no sigue este camino, sino que construye la sentencia siguiendo sus parámetros interpretativos tradicionales. Esta vía le permite construir una jurisprudencia propia en derechos fundamentales que puede otorgar seguridad jurídica de mantenerse.

Ahora bien, la protección de los derechos fundamentales por parte del Tribunal de Justicia es necesariamente dependiente de la labor del resto de los tribunales europeos. En este sentido, la Directiva de Retención de Datos ha puesto de relieve que la cooperación entre tribunales europeos es insuficiente. Es muy preocupante que se haya tardado ocho años en eliminar la Directiva, estando tantos tribunales de acuerdo en que vulneraba derechos fundamentales.

⁶⁰ IGLESIAS, S., «The Court and the Charter: the impact of the entry into force of the Lisbon Treaty on the ECJ's approach to fundamental Rights», *CMLR*, 49, 2012, p. 1582.

⁶¹ CARTABIA, M., «Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously», *EuConst*, 5, 2009, p. 31.

⁶² Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto *Digital Rights Ireland*, *cit.*, punto 110.

⁶³ Conclusiones del Abogado General Cruz Villalón en el asunto *Digital Rights Ireland*, *cit.*, punto 114.

IV. EL TJUE COMO GARANTE DE LOS DERECHOS

Los avances en el proceso de integración europea han conllevado que se amplíe el impacto de la normativa de la UE sobre los derechos fundamentales, siendo quizá el mejor ejemplo la normativa europea relativa a la investigación y la persecución del delito. Sin embargo, el Tratado de Lisboa no solo ha ampliado las competencias de la UE en cooperación judicial y policial sino que, también, ha reforzado la jurisdicción del TJUE y ha dado fuerza jurídica a la CDFUE. La concurrencia del reforzamiento de los derechos y del aumento de las potestades de la UE en áreas sensibles es una oportunidad única para que el TJUE se consolide finalmente como garante de los derechos.

En esta tarea el TJUE precisa del TEDH y de los Tribunales nacionales, tanto por la escasez de recursos procesales de protección de los derechos en la UE, como por la necesidad de complementar su jurisprudencia con las aportaciones de otros tribunales europeos.

La falta de un recurso directo de los ciudadanos ante el TJUE en defensa de sus derechos podría suplirse parcialmente mediante la cuestión prejudicial. De hecho, los demandantes solicitaron tanto al Tribunal constitucional checo como al alemán que se elevara una cuestión prejudicial, pero ambos lo consideraron innecesario ya que, a su juicio, la demanda se dirigía al «espacio de decisión» del legislador nacional⁶⁴. Sin embargo, era preciso entrar al espacio de decisión del legislador europeo para proteger el derecho. Por eso los derechos no fueron plenamente protegidos hasta que se pronunció el TJUE.

Las reticencias frente a la cuestión prejudicial perjudican a los ciudadanos porque les deja sin una vía de reparación efectiva cuando sus derechos son vulnerados⁶⁵. Como el propio Tribunal Constitucional alemán ha reconocido, si la Justicia Constitucional afirma que no tiene potestad para velar por la protección de los derechos frente a actos provenientes de la UE y al TJUE no se le brinda la ocasión de conocer de las vulneraciones de los derechos, el ciudadano está inerme.⁶⁶

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Checo de 22 de Marzo de 2011, Pl. ÚS 24/10, párr. 25 y BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginales 185 y 186

⁶⁵ Cabría pensar que, en última instancia, se puede acudir ante el TEDH. Sin embargo, no solo conllevaría una carga excesiva para los ciudadanos, sino que desplazaría sobre dicho tribunal un fallo sistémico de la protección de derechos de la UE, cuando debe considerarse un tribunal subsidiario.

⁶⁶ Sentencia de 9 de enero de 2001. (1 BvR 1036/ 99). EuZW 2001, p. 256 (255).

El no planteamiento de una cuestión prejudicial implica que el tribunal nacional no asuma su responsabilidad de defender los derechos. Si existe la duda acerca de una posible vulneración de los derechos, y el tribunal nacional considera que el órgano competente es el TJUE, debe llevar el caso ante el mismo⁶⁷. Obviamente, la cuestión prejudicial no tiene por objetivo principal la protección de los derechos. No es un mecanismo per se de garantía de los derechos fundamentales, pero es «*algo más que un instrumento de cooperación; y desde luego algo más que una vía de interpretación y enjuiciamiento de actos comunitarios*»⁶⁸. En otros términos, la cuestión prejudicial puede coadyuvar en la creación de un espacio europeo de los derechos.

Además, la jurisprudencia del TJUE precisa de un proceso de deliberación colectiva con las diversas jurisprudencias tanto para alcanzar la madurez y la legitimidad suficientes⁶⁹ como para que el propio tribunal se convierta en garante de los derechos en un espacio supranacional. Así, aunque hay abundante jurisprudencia del TJUE y normativa de la UE sobre protección de datos personales, la salvaguarda de estos y de la vida privada en el ámbito penal ha sido desatendida por la UE⁷⁰, pero no por el Consejo de Europa y los sistemas constitucionales. De hecho es palmaria la influencia de la jurisprudencia del TEDH en la sentencia *Digital Rights Ireland*.

El TJUE recurría frecuentemente a las sentencias del TEDH antes del Tratado de Lisboa, hasta que acabó convertirse en la fuente de inspiración principal del Tribunal de Luxemburgo⁷¹. Además, el Tratado de Lisboa prevé

⁶⁷ Así parece haberlo entendido el TEDH que, desde la sentencia *Bosphours*, exige que sea planteada una cuestión prejudicial sobre el derecho fundamental en conflicto para determinar la responsabilidad del Estado en los casos en que aplica normativa europea. Sobre esta jurisprudencia y sus últimos desarrollos GONZÁLEZ PASCUAL, M. «Secreto profesional de los abogados y blanqueo de capitales: La normativa de la Unión ante el TEDH», *REDC*, 101, 2014, pp. 395 y ss.

⁶⁸ SARMIENTO, D., *Poder Judicial e integración europea*, Thomson, Madrid, 2004, p. 53

⁶⁹ TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 130.

⁷⁰ RALLO LOMBARTE, A., «Hacia un nuevo sistema europeo de protección de datos: las claves de la reforma», *Revista de Derecho Político*, núm. 85, 2012, pp. 32-33

⁷¹ SAIZ ARNAIZ, A., «El Tribunal de Justicia, los Tribunales Constitucionales y la tutela de los derechos fundamentales en la Unión Europea: entre el (potencial) conflicto y la (deseable) armonización. De los principios no escritos al catálogo constitucional, de la autoridad judicial a la normativa», PÉREZ TREMP, P.; CARTABIA, M.; DE WITTE, B. (Dir.), *Constitución europea y Constituciones nacionales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 564 y ss.

la adhesión de la UE al CEDH, y su papel como fuente de interpretación de la CDFUE es reconocido por diferentes instrumentos normativos UE⁷². No es por ello de extrañar que la delimitación de los artículos de la CDFUE tome como referente privilegiado al CEDH. Este papel del CEDH ha sido asumido por los jueces nacionales, que preguntan al TJUE mediante la cuestión prejudicial si la normativa de la Unión, y en cierta medida la nacional, ha interpretado correctamente la CDFUE en aquellos supuestos en los que parece no haberse respetado la jurisprudencia del TEDH⁷³.

En consecuencia, la jurisprudencia del TEDH coopera en la concreción de los derechos recogidos en la CDFUE al recoger un conjunto de valores y principios comúnmente aceptados por los Estados y no solo sirve de fuente de inspiración del TJUE, sino de determinación de un estándar mínimo⁷⁴. Tal y como, por otra parte, establece el Art. 53 CDFUE.

Este impacto de la jurisprudencia del TEDH en el TJUE es, además, posiblemente reforzado por el papel creciente del TEDH y por los problemas que plantea el recurso a las tradiciones constitucionales como fuente. Cabría pensar que se debería tomar la decisión que confiere una mayor protección de los derechos, de tal modo que del conjunto de construcciones jurisprudenciales se extrajera el parámetro idóneo⁷⁵, pero esta afirmación tan sugerente no es fácil de aplicar.

⁷² Art. 6 TUE, y los Artículos 52, 53, y el preámbulo de la CDFUE. Este papel del CEDH es igualmente enfatizado por las Explicaciones a la CDFUE.

⁷³ Entre otras, se pueden consultar las preguntas formuladas por los jueces nacionales en las Sentencias de 24 de noviembre de 2011, *Scarlet Extended SA*, C-70/10, Rec. p. I-11959, de 24 de abril de 2012, *Kamberaj*, C-571/10 (no publicada); de 29 de enero de 2013, *Radu*, C-396/11 (no publicada), o de 8 de noviembre de 2012, *Yoshikazo lida contra Stadt Ulm*, C-40/11, (no publicada). Este planteamiento de las prejudiciales ha sido calificado de diálogo a «tres bandas» entre el TJUE, el TEDH y los tribunales nacionales. GARCÍA ROCA, J., «El diálogo entre el TEDH y los Tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *TRC*, núm. 30, 2012, p. 209.

⁷⁴ De hecho la UE le confiere este papel a la jurisprudencia del TEDH con frecuencia mediante la aprobación de normas que recogen los estándares de Estrasburgo con el fin explícito de conferirle la fuerza jurídica del Derecho de la UE. Sirva como ejemplo el considerando 14 de la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales «*El derecho a traducción e interpretación para aquellas personas que no hablan o entienden la lengua del procedimiento se consagra en el Art. 6 del CEDH, según la interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La presente Directiva facilita la aplicación de tal derecho en la práctica*»

⁷⁵ BESSELINK, L., «Entrapped by the Maximum Standard. On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union», (1998) 35 *CMLRev*, p. 629.

Así, en caso de conflicto entre derechos debe buscarse un equilibrio entre ambos que, en última instancia, depende de los valores que cada sociedad priorice⁷⁶. De hecho, la diferente interpretación de los derechos fundamentales es una consecuencia legítima de la diversidad que caracteriza a los Estados Miembros. La concreción de qué derechos son fundamentales, así como de su alcance e interpretación refleja las preferencias de los ciudadanos de cada país, así como su comprensión del reparto del poder entre el legislador (o el ejecutivo) y los Tribunales⁷⁷. Este hecho, unido a la necesidad de preservar una interpretación uniforme del derecho, impulsa el empleo de la jurisprudencia del TEDH por el TJUE en demérito de las tradiciones constitucionales.

La aceptación del CEDH facilita con frecuencia que sus estándares se integren en el Derecho de la Unión. De hecho los Tribunales Constitucionales checo, rumano, y austríaco, y el Tribunal Supremo de Chipre e Irlanda analizaron la Directiva de Retención de Datos a la luz del CEDH. Aún más, estos Tribunales, al igual que el Abogado General y el propio TJUE, basaron gran parte de su decisión en la sentencia del TEDH, ya citada, Marshall contra Reino Unido.

La fijación de un estándar común es, además, habitual cuando hay normativa secundari⁷⁸. Es muy cuestionable que una norma nacional pueda proteger adecuadamente una injerencia regulada por el derecho europeo sin disminuir la garantía del derecho o la eficacia de la norma europea en la mayoría de los casos. Las sentencias de los Tribunales nacionales relativas a la transposición de la Directiva de Retención de Datos son muy reveladoras.

El Tribunal Constitucional rumano cerró la puerta a la transposición, al considerar que era un ataque directo a los derechos. Los Tribunales Consti-

⁷⁶ El caso de la Directiva de Retención de Datos es muy ilustrativo ya que fue particularmente criticada en Estados con experiencias recientes de vigilancia generalizada de la ciudadanía por las autoridades públicas. VOGELGESANG, K., «Verfassungsregelungen und Datenschutz», *Computer und Recht*, 1995, pp. 554 y ss. Igualmente es llamativo que en varios Estados fue recurrida por organismos de derechos humanos o, incluso, mediante una demanda apoyada por miles de ciudadanos (Este fue el caso de Hungría, Alemania, Rumania, Austria e Irlanda). Asimismo, la falta de polémica en España posiblemente traiga causa de la alta tolerancia de la sociedad y del ordenamiento jurídico español hacia las medidas antiterroristas.

⁷⁷ DE WITTE, B., 'The Past and the Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», ALSTON, P., (Ed) *The EU And the Human Rights*, OUP, 1999.

⁷⁸ IGLESIAS, S., ob. cit., p. 1606

tucionales alemán y checo declararon inconstitucionales preceptos que eran transcripción literal de la directiva, y sus exigencias eran tan elevadas que era harto complicado aprobar una norma que respetara el derecho europeo y la constitución nacional a la vez. Incluso la sentencia del Tribunal Supremo de Chipre, mucho más comedida, empecía la eficacia del Derecho de la UE. La única vía para mantener la integridad del Derecho de la UE y preservar los derechos fundamentales era plantear una cuestión prejudicial.

Los Tribunales deben buscar la solución que mejor se acomode a la concurrencia de sistemas jurídicos. Las divergencias deberían llevar a los Tribunales a reflexionar sobre cuál es la mejor manera de garantizar los derechos en Europa⁷⁹. No siempre es el mejor camino elevar una prejudicial, y los Tribunales pueden modificar su propia jurisprudencia con el fin de mejorar el sistema. La renuncia a parámetros nacionales puede en ocasiones facilitar la integración de los sistemas y descargar de trabajo a los tribunales⁸⁰. El éxito del proyecto europeo de alcanzar un espacio de convivencia y respeto de los derechos fundamentales es su principal fuente de legitimidad⁸¹.

La pregunta inmediata es cómo determinar cuál sería la decisión más adecuada en cada caso. Posiblemente no pueda darse una respuesta unívoca, pero cabría pensar en la construcción de parámetros que guíen a los Tribunales a la hora de decidir qué camino tomar.

En primer lugar los Tribunales deben ser conscientes de las limitaciones de su propia potestad. La expulsión de una norma europea solo puede ser llevada a cabo de manera eficaz por el TJUE. Por tanto, si la violación requiere la anulación de un precepto comunitario debe elevarse una prejudicial. Los tribunales deben proteger los derechos fundamentales y si el camino para ello es la cuestión prejudicial, han de elevarla⁸².

⁷⁹ JAEGER, R., «Menschenrechtsschutz im Herzen Europas», *EuGRZ*, 2005, p. 194.

⁸⁰ GONZÁLEZ PASCUAL, M., «Mutual recognition and Fundamental Rights. The first preliminary ruling of the Spanish Constitutional Court», *Constitutional Conversations in Europe*, CLAES, M./POPELIER, P. (Eds), Intersentia, 2012, pp. 175-176.

⁸¹ MÜLLER, J. P., «Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa», *ZSR*, 2005, p. 20.

⁸² Los propios Tribunales Constitucionales han instigado a los jueces ordinarios a elevar cuestiones prejudiciales. Al respecto es conocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español conforme a la cual el no planteamiento de la cuestión prejudicial puede vulnerar el Art. 24 CE. Entre otros, ALONSO GARCÍA, R., «Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 196/2006 y 78/2010)», *Administración y justicia un análisis jurisprudencial, Liber amicorum T.R. Fernández, vol. I*, GARCÍA DE ENTERRÍA y ALONSO GARCÍA, R. (Coords), Thomson, Madrid, 2012, pp. 199 y ss.

En segundo lugar, los tribunales nacionales deben tomar en consideración al CEDH. Si sus estándares no son respetados, no solo se vulnera el Art. 52 CDFUE, sino también el CEDH. Esto es así especialmente si el tribunal nacional no eleva la cuestión prejudicial pertinente, tal y como el TEDH ha recordado recientemente⁸³. De hecho, tanto el Tribunal constitucional austriaco como la Corte Suprema irlandesa se apoyaron en la jurisprudencia del TEDH a la hora de elevar una prejudicial en el caso *Digital Rights Ireland*⁸⁴.

En tercer lugar, los tribunales deben ser conscientes de los aciertos y errores de su jurisprudencia, y decidir en consecuencia si la conservan o la modifican. Es sorprendente que el Tribunal Constitucional alemán no elevara una cuestión prejudicial, a pesar del reconocimiento que tiene su jurisprudencia sobre la llamada «autodeterminación informativa»⁸⁵. Máxime porque de la lectura de la sentencia se deduce con claridad que consideraba que la Directiva de Retención de Datos suponía una injerencia difícilmente aceptable⁸⁶. Así, es particularmente significativo que retomase la idea de la identidad constitucional⁸⁷.

En último lugar los Tribunales no deben dar por sentado que su interpretación debe prevalecer⁸⁸. Si bien la actitud beligerante de los Tribunales nacionales ha podido tener efectos positivos en ocasiones, al forzar al TJUE a llevar a cabo una labor de defensa de los derechos más activa, la pugna entre Tribunales debe ser la excepción. En definitiva, el propio sistema judicial creado en el seno de la UE se asienta en la idea de colaboración⁸⁹.

Las reticencias de varios Tribunales Constitucionales frente al TJUE derivan del complejo equilibrio entre la primacía del Derecho de la UE y la

⁸³ STEDH, *Michaud c. Francia* 6, diciembre de 2012, para. 114 y *Dhabbi c. Italia*, de 8 de abril de 2014 para. 31

⁸⁴ Incluso el Tribunal Constitucional austriaco preguntó si de la jurisprudencia del TEDH emanar criterios que deban influir en la interpretación del Art. 8 CDFUE, a pesar de que no se hace referencia al CEDH en las explicaciones de dicho precepto de la Carta. No obstante, esta es una de las preguntas que ni el TJUE ni el Abogado General contestaron.

⁸⁵ De hecho los Tribunales Constitucionales checo y austriaco analizan la Directiva de Retención de Datos a la luz del CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán

⁸⁶ GONZÁLEZ PASCUAL, M., «La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable», *REDE*, 36, 2010, p. 607.

⁸⁷ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.03.2010. Marginal 219.

⁸⁸ HOFFMANN-RIEM, W., «Kohärenz der Anwendung der europäischer und nationaler Grundrechte» *Europäische Zeitschrift für Grundrechte*, 2002, p. 482.

⁸⁹ BUSTO GIBERT, «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *REDC*, núm. 95, 2012, p. 45.

preservación de la identidad constitucional nacional⁹⁰. Reticencias que les han llevado a explorar otras vías de interacción con el TJUE, que consideran más simétricas que la cuestión prejudicial. Uno de estos instrumentos es la construcción del espacio de decisión del legislador nacional. Sin embargo, este instrumento tiene profundas limitaciones. La norma de transposición tiene una clara dependencia de la Directiva que los tribunales nacionales no deberían olvidar, y la aplicación de los estándares nacionales, incluidos los constitucionales, no puede poner en peligro la eficacia del Derecho de la UE⁹¹.

Mucho más problemática fue la reacción del Tribunal Constitucional de Rumania que declaró la ley inconstitucional, entre otras razones, por la exigencia de almacenar los datos en sí. De este modo, implícitamente, hizo imposible la transposición constitucional de la norma en Rumania y cuestionó la primacía del Derecho de la UE⁹².

Asimismo, parece que la proclamación de la CDFUE ha hecho al TJUE más proclive a utilizar los derechos en su argumentación⁹³. Si esta tendencia se mantiene, aunque la tensión entre primacía e identidad constitucional perviva, la desconfianza hacia el papel del TJUE debería apaciguarse⁹⁴. Ya que, sin duda, la jurisprudencia titubeante del TJUE respecto de los derechos alimenta las cautelas frente a la cuestión prejudicial. De este modo, mediante una defensa clara de los derechos, el TJUE puede conjurar la rebelión de los Tribunales Constitucionales que la poca sensibilidad del TJUE frente a los derechos podría acabar causando⁹⁵.

⁹⁰ MARTINICO, G., «Judging in the multilevel legal order: exploring the techniques of hidden dialogue», *King's Law Journal*, 21, 2010, p. 269.

⁹¹ Sentencia, de 26 de Febrero de 2013, Melloni, C-399/11, apartado 59 (no publicada).

⁹² MURPHY, C. C., «Romanian Constitutional Court, Decision No. 1258 of 8 October 2009», *CMLRev*, 47, 2010, pp. 940-941

⁹³ BUSTOS GISBERT, «XV proposiciones generales», ob. cit., p. 43

⁹⁴ De hecho cada vez más Tribunales Constitucionales plantean cuestiones prejudiciales, al respecto merece la pena destacar la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Constitucional alemán (Petición de decisión prejudicial planteada por el TCF (Alemania), de 10 de febrero de 2014, Peter Gauweiler y otros, C-62/14). Dada la influencia que el Tribunal Constitucional alemán tiene en Europa, esta decisión ha sido calificada de histórica, pese a la naturaleza hipotética de las preguntas que formula y los desafíos que conlleva tanto para el funcionamiento del MEDE como para el sistema constitucional alemán. PERNICE, I., Karlsruhe wagt den Schritt nach Luxembourg, www.verfassungsblog.de.

⁹⁵ UGARTEMENDÍA, J. I., y RIPOLL CARULLA, S., «Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (a propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero)», *REDE*, 50, 2014, p. 146.

Además, el TJUE responsabiliza a los propios órganos de la UE de no velar adecuadamente por los derechos fundamentales. El recurso a las directivas, o en su día a las decisiones marco, en cuestiones relativas a la seguridad y orden público, sin ponderar adecuadamente las garantías ha sido fomentado por los ejecutivos nacionales.

Se han aprobado normas represivas europeas con la excusa de que la medida represiva solo se decide en el plano nacional. De este modo se han ampliado de manera indirecta las competencias de la UE en la materia sin tomar en cuenta los derechos fundamentales⁹⁶. Los problemas que están generando las normas europeas de investigación y persecución del delito en los ordenamientos nacionales, solo pueden ser resueltos de manera definitiva por el TJUE.

En este sentido, la declaración de nulidad de la Directiva de Retención de Datos, y las afirmaciones del TJEU sobre los Arts. 7 y 8 CDFUE, están llamadas a influir en la creación de un nuevo marco de protección de datos personales, y sobre normas tan polémicas como el *Passenger Names Record Agreement* o el *Terrorist Finance Tracking Programme*⁹⁷. La reforma del marco de protección de datos personales, largamente pedida por la doctrina⁹⁸, ya no puede seguir demorándose tras esta sentencia.

El TJUE puede, así, convertirse en un intermediario imprescindible para los tribunales nacionales frente a la UE. Esta defensa efectiva de los derechos por parte del Tribunal de Luxemburgo podría generar una dinámica cooperativa mucho más fluida que la actual. Los resultados tangibles que las decisiones del TJUE generarían, servirían para incentivar que los tribunales nacionales, incluidos los Tribunales Supremos y los Tribunales Constitucionales, llamen a su puerta.⁹⁹

⁹⁶ KONSTANDINIDES, T., «Destroying the democracy on the Ground of Defending it? The Data Retention Directive, the Surveillance State and Our Constitutional Ecosystem», *ELRev*, 36, 2011, p. 736.

⁹⁷ GUILD, E. and CARRERA, S., «The Political and Judicial Life of Metadata. Digital Rights Ireland and the Trail of the Data Retention Directive», *CEPS paper in Liberty and Security in Europe*, n° 65/ Mayo, 2014, pp. 10-11. Un comentario breve a dichas normas en RALLO LOMBARTE, A., «El terrorismo internacional y sus conflictos: seguridad versus privacidad», *Revista de análisis y prospectiva*, núm. 3, 2007-2008, pp. 115 y ss.

⁹⁸ Entre otros, FERRETTI, F., Data protection and the legitimate interest of data controllers: much about ado about nothing or the winter of rights?, *CMLRev*, 51, 2014, RALLO LOMBARTE, A., *ob. cit.*

⁹⁹ De hecho los tribunales constitucionales checo, alemán y rumano en general han recelado bastante del TJUE mientras que la Corte Suprema Irlandesa y el Tribunal Constitucional austríaco han sido más proclives a plantear cuestiones prejudiciales. Al respecto

Obviamente el complejo equilibrio entre la primacía del Derecho de la UE y las Constituciones nacionales no va a desaparecer. No obstante, el conflicto debería reducirse aún más ya que, en la praxis, en pocos casos está realmente en peligro la identidad constitucional¹⁰⁰. La cooperación permitiría que los derechos sean protegidos por el tribunal más idóneo en cada caso. En el caso de la Directiva de Retención de Datos, este tribunal era el TJUE, no solo porque así se respetaba la eficacia del Derecho de la UE, sino porque los tribunales nacionales solo podían proteger a sus ciudadanos mientras sus comunicaciones se produjeran dentro de su Estado. Desde cualquier punto de vista, la solución más lógica era darle al TJUE la ocasión de anular la norma.

VI. CONCLUSIONES

Tras varios años de polémica finalmente la Directiva de Retención de Datos ha sido declarada nula por el TJUE. Su sentencia marca un punto de inflexión no solo por el resultado, la nulidad del conjunto de la norma con base en la CDFUE, sino por su argumentación¹⁰¹. El TJUE se hace eco de las técnicas interpretativas de los derechos fundamentales, desmenuza los requisitos del Art. 51 CDFUE y sigue un esquema perfectamente homologable al de cualquier tribunal garante de los derechos.

Corresponde ahora al TJUE mantener esta jurisprudencia. En el caso Digital Rights Ireland la sentencia vino en gran medida condicionada por la cascada de decisiones nacionales contrarias a la norma europea, circunstancia bastante insólita. Ciertamente el TJUE no cita estas sentencias pero implícitamente da respuesta a las preocupaciones que comparten, a la vez que refuerza la autonomía de la CDFUE¹⁰².

véanse las contribuciones de CEDE, Ph; BOBAK, M. y KOSAF; RADUCU, I. y MURPHY, C. C en MARTINICO, G./ POLLICINO, O., *The national judicial treatment of the ECHR and EU Laws*, Groningen, 2010. La decisión que tomó cada tribunal nacional respecto a la Directiva e Retención de Datos era previsible a la luz de las relaciones de cada uno con el TJUE.

¹⁰⁰ DíEZ-HOCHLEITNER, J., «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, nº 17, 2013, p. 15

¹⁰¹ Muy lejos de su casi nula argumentación en el caso Melloni, una crítica al respecto en TORRES PÉREZ, A., «Melloni in Three Acts: From Dialogue to Monologue», *EuConst*, 10, 2014, p. 318

¹⁰² IGLESIAS, S., «La confirmación del ámbito de aplicación de la Carta y su interrelación con el estándar de protección», *RDCE*, 2013, nº 46, p. 1157.

Es de esperar que no se trate de una sentencia aislada. De hecho han podido influir en la decisión, no solo las sentencias de los tribunales nacionales, sino también la abundante normativa de la UE sobre protección de datos personales, y las potestades que los Tratados recogen en la materia (particularmente el Art. 16 TFUE). Es evidente que la aprobación de normativa europea de desarrollo los derechos confiere un mayor ámbito de actuación al TJUE¹⁰³. De ahí que el TJUE pueda ser cauto a la hora de extender esta jurisprudencia más allá de los datos personales.

Sin embargo, el mantenimiento de esta jurisprudencia podría reforzar la cooperación entre tribunales en la protección de los derechos. La sentencia *Digital Rights Ireland* invita a los tribunales a confiar en el TJUE y a formar parte activa del proyecto de consolidación de una sociedad más plural, más internacional y, sobre todo, más europea. Para que dicho proyecto triunfe no solo será necesario que el TJUE termine de aceptar la responsabilidad de proteger los derechos, sino que será decisivo que los tribunales nacionales mantengan una posición crítica pero generosa frente a Europa, en lugar de reves-tir cualquier interés nacional de cuestión constitucional¹⁰⁴.

EL TJUE COMO GARANTE DE LOS DERECHOS EN LA UE A LA LUZ DE LA SENTENCIA DIGITAL RIGHTS IRELAND

RESUMEN: El TJUE declaró nula la Directiva de Retención mediante sentencia de 8 de abril 2014. A juicio del TJUE la norma no respetaba el principio de proporcionalidad vulnerando el derecho a la vida privada y a la protección de datos recogidos en los artículos 7 y 8 CDFUE.

De este modo se ponía fin a la controversia generada por la Directiva de Retención de Datos. El presente trabajo estudia esta controversia desde la perspectiva del papel que los tribunales nacionales, el TEDH y el TJUE están llamados a jugar en la garantía de los derechos en Europa. No en vano, la sentencia *Digital Rights Ireland* puede significar un giro en la jurisprudencia del TJUE en la medida en que aplica de manera rigurosa los parámetros de protección de los derechos y aplica los estándares europeos sobre el derecho a la vida privada y a la protección de datos personales. No obstante, este caso también pone de relieve los fallos en el sistema europeo de protección de los derechos ya que, a pesar de que tribunales y doctrina consideraba casi unánimemente que la Directiva de Retención de Datos vulneraba derechos fundamentales, han sido necesarios ocho

¹⁰³ MUIR, E., «The fundamental Rights implications of EU legislation: some constitutional challenges», *CMLR*, 51, 2014, p. 232.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ PASCUAL, M., *El Tribunal Constitucional Alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, THOMSON, Madrid, 2010.

años para que finalmente fuera expulsada del ordenamiento. Esta demora solo se explica por las reticencias de los tribunales a la hora de cooperar en la protección de los derechos a pesar de ser dicha cooperación absolutamente indispensable en Europa

PALABRAS CLAVE: Retención de Datos; TJUE; Cooperación Judicial; Cuestión preliminar.

THE CJEU AS GUARDIAN OF FUNDAMENTAL RIGHTS WITHIN THE EU (DIGITAL RIGHTS IRELAND)

ABSTRACT: The CJEU declared the Data Retention Directive to be invalid by judgment of 8 April 2014. According to the CJEU the Directive impinged on the proportionality principle and, by doing so, infringed both the right to privacy and data protection enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter. This judgment ended the controversy derived from the Data Retention Directive.

This article analyses this controversy from the perspective of the role that national courts, the ECtHR and the CJEU may play to guarantee the fundamental rights in Europe. In this regard, the Digital Rights Ireland judgment might be a turning point in the CJEU case law because it applies a strict proportionality test as well as the European standards related to right to privacy and data protection. However, this case highlights the flaws within the European system of rights. In fact, even though scholars and courts almost unanimously considered that the Data Retention Directive violated fundamental rights, it took eight years to declare it null and void. Such a delay derives from the reluctance of courts towards judicial cooperation, although such cooperation is essential in Europe.

KEY WORDS: Data Retention; CJEU; Judicial cooperation; Preliminary ruling.

LA COUR DE JUSTICE EN TANT QUE GARANT DES DROITS FONDAMENTAUX DANS L'UNION EUROPEENNE (DIGITAL RIGHTS IRELAND)

RÉSUMÉ: La Cour de Justice a invalidé la directive sur la conservation des données par arrêt du 8 avril 2014. Selon la CJUE la norme ne respectait pas le principe de proportionnalité, violant ainsi le droit à la vie privée et à la protection des données recueillies dans les articles 7 et 8 CDFUE. Par cet arrêt elle a mis fin à la controverse générée par la directive sur la conservation des données.

Cet article examine la controverse de la perspective du rôle que les tribunaux nationaux, la CEDH et la CJUE sont appelés à jouer afin de garantir les droits en Europe. De fait l'arrêt Digital Rights Ireland peut signifier un revirement dans la jurisprudence de la Cour de Justice dans la mesure où elle y applique rigoureusement les paramètres de protection relatifs aux droits, ainsi que les standards européens en matière des droits à la vie privée et à la protection des données personnelles. Néanmoins, ce cas met également en évidence l'échec du système européen de protection des droits fondamentaux : Il a fallu

huit ans pour finalement expulser du système une directive de laquelle tribunaux et doctrine avaient considéré presque à l'unanimité qu'elle portait atteinte aux droits fondamentaux. Ce délai peut seulement être expliqué par la réticence des tribunaux à coopérer dans la protection des droits en dépit du caractère absolument essentiel de cette coopération en Europe.

MOTS CLÉS: Rétention de données; CJUE; Coopération judiciaire; Question préjudicielle.

ISSN 1138-4026
9 771138 402608



00049

18,00 €