

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN ANTE LA COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA NORMATIVA NACIONAL DE ORIGEN EUROPEO DE PREVENCIÓN DE DELITOS

MARÍA ISABEL GONZÁLEZ PASCUAL*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LOS LÍMITES A LAS POTESTADES POLICIALES SOBRE RECOPIACIÓN Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.
- III. LA SUSPENSIÓN DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NORMA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE RETENCIÓN DE DATOS.
- IV. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ANTE EL DERECHO COMUNITARIO: DEL CONFLICTO A LA AUTARQUÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Los atentados del 11-S golpearon tan fuerte en la identidad colectiva que proyectos de ley antes impensables fueron fervientemente defendidos e, incluso, aprobados¹. La República Federal de Alemania (RFA) es al respecto, sin duda, un caso paradigmático. No sólo por las leyes antiterroristas que se adoptaron², sino por la firme reacción del *Bundesverfassungsgericht*

* Doctora, Profesora Visitante de Derecho Constitucional, Departament de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España.

¹ HOFFMANN-RIEM, W, «Freiheit und Sicherheit im Angesicht terroristischer Anschläge», *ZRP*, 2002, p. 498.

² SAURER, J., «Die Ausweitung sicherheitsrechtlicher Regelungsansprüche im Kontext der Terrorismusbekämpfung» *NVwZ*, 2005, pp. 275 y ss., y ROGGAN, B., «Die “neue Sicherheitsarchitektur” der Bundesrepublik Deutschland - Anti-Terror-Datei, gemeinsame Projektdaten und Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz», *NJW*, 2007, pp. 879 y ss.

(Tribunal Constitucional Federal, TCF), siendo el caso más conocido la sentencia sobre la Ley de Seguridad Aérea³.

A lo largo del 2008 el TCF siguió marcando los límites que los derechos fundamentales imponen a las normas antiterroristas, en particular los derivados del derecho a la autodeterminación informativa⁴. No en vano, la lucha antiterrorista ha incrementado las potestades policiales sobre recopilación y tratamiento de datos⁵ afectando directamente al derecho a la autodeterminación informativa⁶.

Ante esta nueva situación, el TCF le ha recordado al legislador la necesidad de velar por dicho derecho en las sentencias sobre la investigación online⁷ y cotejo de matrículas⁸. Asimismo, ha suspendido parcialmente la entrada en vigor de la reforma de la Ley de Telecomunicaciones⁹. La importancia de este Auto reside en que afecta a la norma de transposición de la *Directiva de Retención de Datos*¹⁰.

Las citadas sentencias fijan los parámetros desde los que deben valorarse las potestades policiales de almacenamiento y acceso a la información

³ Sobre dicha sentencia GONZÁLEZ PASCUAL, M., «Cuestiones constitucionales planteadas por la legislación antiterrorista (el ejemplo alemán)», *RVAP*, núm 77, 2007, pp. 209 y ss.

⁴ Tomamos esta denominación por su aceptación en la doctrina alemana, si bien no se sigue en otros sistemas jurídicos. Así este derecho se ha englobado bajo conceptos como el de la *privacy* o *riservatezza*. En el caso español ha sido la denominación protección de datos personales la que ha gozado de mayor consenso. Sobre dicha polémica en derecho español y comparado, ARENAS RAMIRO, M., *El derecho fundamental a la protección datos personales en Europa*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 377 y ss.

⁵ HOFFMANN-RIEM, W., «Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes», *AöR*, 1998, p. 518.

⁶ RUDOLF, W., «Sicherheit und Grundrechte», *Der Staat des Grundgesetzes- Kontinuität und Wandel*. BRENNER, M., HUBER, P. UND MÖST, P. (Hrsg.), Mohr Siebeck, 2004, p. 464 DENNINGER, E. «Freiheit durch Sicherheit?», *KJ*, 2002, p. 473.

⁷ BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008, www.bverfg.de.

⁸ BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008.

⁹ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 11.3.2008.

¹⁰ Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE, *DO L* 105 de 13.04.2006, pp. 54-ss. Sin duda la medida comunitaria más controvertida en el ámbito de las medidas de tratamiento de la información CRAIG, P. y DE BURGA, G., *EU Law*, Oxford University Press, 2008, p. 263.

en el marco de la lucha antiterrorista. La indudable importancia de ambas sentencias, que inauguran una línea jurisprudencial ciertamente novedosa, no se agota en su impacto sobre el futuro de la legislación alemana. El paralelismo entre el objeto de las leyes enjuiciadas y el de la Directiva de Retención de Datos, permitiría adelantar la decisión del TCF ante el Recurso de Amparo frente a la Ley de Telecomunicaciones.

No obstante, el hecho de que la norma cumpla con las exigencias derivadas de una Directiva comunitaria, debería condicionar la decisión final. El TCF se enfrenta, por tanto, a una norma nacional de origen europeo destinada a prevenir la comisión de delitos. Tanto su jurisprudencia sobre las injerencias admisibles en los derechos, como sobre la transposición del Derecho Comunitario, confluyen en un caso de elevado interés en todos los Estados miembros de la Unión Europea.

Por estos motivos, este trabajo analiza en primer lugar las citadas sentencias del TCF de 27 de febrero y 11 de marzo de 2008, con el fin de extraer los parámetros conforme a los cuales ha enjuiciado las potestades policiales de tratamiento de la información en el marco de la lucha antiterrorista. A continuación, se estudia el Auto de suspensión parcial de la entrada en vigor de la Ley de Telecomunicaciones. El fin es intentar prever el posible futuro de dicha norma, a la vista de la jurisprudencia más reciente del TCF sobre la autodeterminación informativa y sobre el Derecho Comunitario.

II. LOS LÍMITES A LAS POTESTADES POLICIALES SOBRE RECOPIACIÓN Y TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN

Las leyes sobre cotejo de matrículas de los Länder Hessen y Schleswig-Holstein y la Ley de investigación online del Land Nordrhein-Westfalen le brindan al TCF la ocasión perfecta para abordar los límites que el derecho a la autodeterminación informativa impone a la política antiterrorista.

Por lo que respecta al cotejo de matrículas, las leyes de Hessen y Schleswig-Holstein prevenían que, en el marco de la lucha antiterrorista, se almacenaran números de matrículas arbitrariamente seleccionados. Con este fin los coches eran grabados mediante una videocámara, se extraía el número de la matrícula y se volcaba en los ficheros de la policía. Si se conseguía alguna coincidencia, la policía recibía un aviso, si no la había, los datos eran cancelados y desaparecían de los archivos.

Como el derecho más afectado por esta medida era la protección de

datos personales, el TCF comienza la sentencia reiterando su conocida jurisprudencia sobre el derecho a la «autodeterminación informativa»¹¹. Por ello, le recuerda al legislador que el ciudadano, para ser libre, necesita determinar o, al menos, saber qué información concerniente a su persona está disponible en las distintas esferas. Las oportunidades de tratamiento de la información que ofrece la informática amplían la posibilidad de que el ciudadano pierda su anonimato. Por este motivo se protege la puesta en común de datos aparentemente inocuos, frente a ilimitados almacenamientos, tratamientos y transferencias que se refieran a un individuo o que puedan ser individualizados. El particular debe saber quién, cuándo, cuáles y con qué propósito dispone de sus datos. Almacenar datos no anónimos sin un fin determinado, es incompatible con el reconocimiento de este derecho fundamental.

Dado que no existen datos inocuos *per se*, el tratamiento de números de matrícula puede lesionar el derecho. No habría amenaza al derecho si fueran anónimos durante todo el proceso y, además, se destruyesen una vez se contrastasen las matrículas con los ficheros policiales¹². Pero en el momento en que se produce la coincidencia entre el fichero y el número de matrícula, comienza un peligro concreto para la libertad de acción y la privacidad de la persona, que el derecho a la autodeterminación informativa protege (Párrafo 71).

Si el poder público sabe a qué hora pasa un coche y por dónde, puede conocer también otras actividades del dueño del coche y de sus acompañantes. Además, se recogen datos que pueden ser el fundamento de futuras medidas policiales (Párrafo 73). Asimismo, pueden afectarse otros derechos, en función del lugar en que encuentre el aparato de video vigilancia, y del conjunto de datos de los que la policía disponga. Así, si un aparato video vigilancia está cerca de un lugar en el que se celebra una reunión, permite suponer la participación del ciudadano, pudiendo interferir en el ejercicio del derecho de reunión (Párrafos 88-89).

Por lo que respecta a la investigación online, la Ley del Land Nordrhein-Westfalen de defensa de la Constitución, de 20 de diciembre del 2006, permitía al Defensor de la Constitución, observar y realizar descubrimientos en Internet, y acceder a sistemas informáticos.

La primera medida implicaba el acceso a los contenidos en Internet usando, por ejemplo, Web- Browsers, o participando en Chat, o páginas

¹¹ BVerfGE 65, 1 (42-46).

¹² BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Párrafos 68-69.

Web poco accesibles, incluso gracias a passwords facilitados por algún informador que dieran acceso a direcciones de correo electrónico o páginas Web protegidas. Aunque en este caso, el derecho implicado es el secreto de las comunicaciones, éste no protege la confianza en un extraño¹³. Los poderes públicos no pueden obtener el password de los particulares sin su autorización y acceder a su mail o a chats privados, pero pueden participar en chats de acceso libre (Párrafo 293). Ahora bien, la ley no había tenido en cuenta la importancia de los derechos en conflicto, ya que permitía acceder a contenidos sensibles, incluso de terceros no implicados (Párrafos 295- 297).

La segunda medida consistía en la infiltración en sistemas informáticos empleando fallos en la seguridad o instalando programas que permitían observar la utilización del sistema e, incluso, dirigirlo. Sin embargo, los ordenadores son centrales no sólo en nuestro trabajo sino también en nuestras actividades de esparcimiento. La infiltración de un programa espía va mucho más allá del ámbito protegido por el secreto de las comunicaciones, porque permite acceder al empleo estrictamente personal del ordenador, al contenido de múltiples datos e, incluso, al comportamiento en la propia vivienda (Párrafo 188).

El desarrollo a la libre personalidad preserva la esfera personal del particular vetando el acceso del Estado a su sistema informático (Párrafo 201). Si la integridad del sistema informático es puesta en peligro y se permite que terceros accedan a sus funciones, prestaciones y contenidos, se produce una injerencia en los derechos fundamentales. Se trate de datos almacenados o archivos temporales, si el sistema se puede considerar propio está protegido por el derecho a la integridad de los sistemas informáticos (Párrafos 203-206). En consecuencia, la integridad del sistema informático de un particular es un derecho fundamental derivado del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Esta importancia de los PC es mayor respecto las relaciones en red ante la importancia creciente de Internet. Internet es sobre todo una manera de crear y mantener relaciones sociales, sustituyendo a los medios habituales de comunicación a distancia. Pero trae consigo nuevos peligros, ya que la cantidad y variedad de datos de los ciudadanos que circulan en Internet permiten con facilidad trazar un perfil (Párrafos 171-178) Es necesario, por tanto, una comprensión dinámica y flexible del derecho a la autodetermi-

¹³ BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Párrafos 289- 290.

nación informativa. No es una mera protección frente a los peligros del tratamiento de la información, sino que su fin es fijar reglas de contacto, cooperación y comunicación entre los titulares del derecho¹⁴. La autodeterminación informativa debe ampliar su alcance ante la creciente influencia de las nuevas tecnologías en el desarrollo de la personalidad.

Paralelamente, el Estado tiene la obligación de defender la integridad física y la vida de los particulares¹⁵. Con dicho fin puede tomar medidas susceptibles de interferir en los derechos fundamentales, siempre que cumplan un conjunto de exigencias constitucionales. En este sentido, para determinar si las leyes objeto de los Recursos de Amparo se adecuan a la Constitución, el TCF fija primero la importancia de la injerencia en el derecho en cada caso para, a continuación, comprobar el respeto al principio de reserva de ley y de proporcionalidad.

Respecto de la injerencia en el derecho a la autodeterminación informativa, existe una serie de parámetros que determina su importancia en función de su cualidad e intensidad. Es necesario tener en cuenta la información del sujeto que puede verse comprometida, tanto los datos aisladamente considerados, como su puesta en común. Además, será determinante si el sujeto ha llevado a cabo alguna conducta que justifique el almacenamiento de dichos datos o esta acción no deriva de la actividad concreta del particular. Porque en el segundo caso no sólo puede ser elevado el número de sujetos implicados, sino que es incierto el número de afectados a largo plazo¹⁶. Por último, es fundamental conocer qué actividades públicas pueden derivarse del tratamiento de los datos¹⁷.

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, es fundamental concretar si tras esas medidas el individuo sigue siendo anónimo, qué información personal ha sido afectada y qué consecuencias negativas genera este tratamiento de los datos.

¹⁴ GUSY, Ch., «Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz: Fortführung oder Neuanfang?», *KritV*, 2000, pp. 58-59.

¹⁵ BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Párrafo 92.

¹⁶ Al respecto toma en consideración el incremento de las medidas policiales en los últimos años. Este hecho ha intensificado la actividad policial en relación con los datos de que dispone, no sólo tiene información de personas encausadas, acusadas o sospechosas, también puede tener, por ejemplo, datos de testigos o de personas que se hayan podido relacionar con las personas inmersas en procesos. BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Párrafo102.

¹⁷ BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Párrafos 75-80.

Frente a estas cautelas, las medidas adoptadas por los Länder podían abocar en una observación policial de los ciudadanos, ya que podían usarse, incluso, antes de que hubiera una mera sospecha¹⁸. Esta indeterminación vulneraba la importancia del fin en el derecho a la autodeterminación informativa, ya que debe fijarse con claridad si la medida persigue o previene el delito (Párrafo 151) Además, convertían en sospechosos a los particulares con independencia de sus actos, sin que estuvieran necesariamente relacionados con un hecho sucedido o susceptible de suceder. Es más, estas medidas podían ser desconocidas para los afectados (Párrafo 89) y no se especificaba si se iban a usar a medio o largo plazo (Párrafo 119). El número de afectados era elevado e incierto.

Sin embargo, pese a la importancia de la injerencia en los derechos, las normas no respetaban ni la reserva de ley ni el principio de proporcionalidad. En cuanto a la reserva de ley, era tal indeterminación de la norma que regulaba el cotejo de matrículas, que su interpretación conforme a la Constitución habría precisado vaciar de contenido la propia reserva de ley¹⁹. Tampoco la norma sobre la investigación online reunía las exigencias de concreción y claridad derivadas de dicha reserva²⁰.

Asimismo, tampoco respetaban el principio de proporcionalidad. Por lo que respecta al cotejo de matrículas, la medida era idónea, porque podía posibilitar futuras acciones policiales de prevención o persecución del delito. Era necesaria, ya que es difícil imaginar una medida que consiga la misma ampliación de la información policial mediante una menor injerencia en el derecho. Pero no era proporcional en sentido estricto²¹. La observación policial no guardaba proporción con el bien que se quería proteger. La medida podía afectar a cualquier ciudadano, de manera que la socie-

¹⁸ BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Párrafo 149.

¹⁹ BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008 Párrafo 153. Incluso era una indeterminación perseguida por el legislador, ya que del análisis del proceso legislativo el Tribunal deduce que, pese a que se puso de manifiesto la imprecisión de la norma, los legisladores quisieron «dejar la puerta abierta» para futuras medidas relativas a la criminalidad organizada Párrafo 156.

²⁰ BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Párrafos 207- 208. La norma establecía que la investigación era lícita si no interfería en los derechos del art. 10 GG, obligando a valorar por la Administración en cada caso si dicha injerencia respetaba o no dicho derecho para llevar a cabo la investigación. (Párrafo 213) Además, el campo de aplicación de la norma no estaba limitado a la lucha contra el terrorismo, ni de manera expresa, ni de un modo que se pudiera deducir. (Párrafo 219).

²¹ BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008 Párrafos 165-167.

dad entera podía sentirse vigilada perdiendo su autodeterminación (Párrafo 173). Además, ni se limitaba a puntos especialmente conflictivos ni a determinados hechos delictivos. (Párrafos 174- 175).

Tampoco la investigación online respetaba el principio de proporcionalidad. Dado que Internet se usa por los terroristas para planificar sus atentados, la medida era idónea, incluso aunque su efectividad sea dudosa dados los profundos conocimientos informáticos de los grupos terroristas. Y era necesaria, aunque se discuta la existencia de otras menos gravosas²². Pero no era proporcional en sentido estricto (Párrafo 226), ya que implicaba una injerencia en el derecho de elevada intensidad sin relación con el bien jurídico que pretendía salvaguardar (Párrafo 229).

Podía interferir en las comunicaciones del individuo, lo que generaba la desconfianza de los particulares hacia sus propios sistemas de comunicación e interfería en las comunicaciones y datos de terceros. Además, permitía infiltrar programas espía que actuaban durante largos períodos (Párrafos 233-234) y daba a conocer las costumbres del particular, incluidas las netamente sociales, dada la heterogeneidad de la información que permitía adquirir (Párrafos 236- 237). Por último, las técnicas informáticas empleadas podían provocar problemas informáticos en equipos de terceros (Párrafo 241).

La prohibición de injerencias desproporcionadas en los derechos es un límite al deber del Estado de proteger otros bienes jurídicos. La vida, la integridad física de las personas o las amenazas a la existencia del Estado, son bienes de especial trascendencia, pero su protección no justifica una medida que ponga en juego la personalidad de los afectados sin una situación de clara amenaza²³. La falta de absoluta certeza es inevitable, sin embargo, la decisión sobre la existencia real de un peligro debe ser el resultado de la ponderación en cada caso concreto. Las nuevas potestades de recopilación y tratamiento de la información han llevado a que se pierda la exigencia de un peligro concreto para fundamentar la intervención policial²⁴

²² BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Párrafos 220- 223.

²³ BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Párrafos 247-248. En este sentido, merece la pena recordar como en sentencia de 4 de abril del 2006 el propio TCF afirmaba que ni la situación internacional generada tras el 11 S, ni las tensiones en las relaciones internacionales justifican medidas antiterroristas que impliquen una intensa injerencia en los derechos fundamentales. Un peligro real es un ataque terrorista que se prepara en Alemania, con independencia de donde vaya a tener lugar. BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Párrafo 147.

²⁴ KUGELMANN, D., «Der polizeiliche Gefahrenbegriff in Gefahr?» *DöV*, 2003. p. 783.

Se ha cambiado la comprensión del trabajo policial, pasando a un Estado de «prevención del riesgo» en el marco de la sociedad de la información²⁵.

Ninguna de las leyes enjuiciadas ponderó adecuadamente el peligro que pretendía prevenir, frente a los bienes jurídicos que podía estar lesionando. Sin embargo, la intensidad de la injerencia, por el número incierto de afectados, por la incapacidad de reacción de una población convertida en sospechosa con independencia de sus propios actos, y la posible lesión de otros derechos fundamentales, obligaba al legislador a ser especialmente cauto.

La legislación antiterrorista protege bienes jurídicos con una especial trascendencia. Por ello, el Estado puede impactar sobre los derechos fundamentales, pero no cabe poner en marcha el mecanismo disciplinario sin definir el bien jurídico protegido, y sin concretar ni las referencias clave de la situación que se pretende evitar, ni el supuesto agresor²⁶.

En este sentido, conforme el TCF, para que una situación de amenaza justifique una injerencia en el derecho debe identificarse el supuesto de hecho que la autoriza, el momento en el que se va a producir, y la persona a la que se aplica. Por último, sus efectos deben limitarse a dicha persona²⁷.

La importancia de esta jurisprudencia no se limita a la concreción y desarrollo de una novedosa línea jurisprudencial en relación con la autodeterminación informativa, sino que el Tribunal manifiesta su posición frente al desarrollo de la política antiterrorista. En este sentido, adopta una postura crítica que enfatiza la necesidad de ser especialmente cautos ante la concurrencia de derechos fundamentales, hace hincapié en la ambigüedad creciente que rodea las actividades policiales de prevención y persecución del delito y compele al legislador democrático a cumplir con su tarea como defensor de los derechos fundamentales²⁸. El legislador tiene que fijar el motivo, fin y límites de la injerencia de manera clara y precisa, permitiendo conocer de manera indubitada las premisas fácticas de la misma²⁹.

Estos recursos han permitido al TCF recordarle al legislador que puede reequilibrar la seguridad y la libertad conforme a las nuevas necesi-

²⁵ *Ibid.*, p. 789.

²⁶ HOFFMANN-RIEM, W., *op. cit.*, p. 499.

²⁷ BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Párrafo 251.

²⁸ VOLKMANN, U., «Die Verabschiedung der Rasterfahndung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung», *Jura*, 2007, pp. 137-138.

²⁹ BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Párrafo 209.

dades, pero no desplazar las fronteras de tal modo que impliquen injerencias prohibidas en los derechos. Incluso los autores que defienden que existe un derecho fundamental a ser protegido por el Estado frente a terceros, afirman que este derecho no puede disminuir las libertades del individuo frente al Estado³⁰. Los derechos han de seguir, ante todo, protegiendo al individuo frente a los excesos del poder público.

III. LA SUSPENSIÓN DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NORMA DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE RETENCIÓN DE DATOS.

El 31 de noviembre del 2007 se interpuso Recurso de Amparo ante el TCF contra la Ley de Reforma de la Ley de Telecomunicaciones que transponía la Directiva *de Retención de Datos*. Los demandantes eran ocho particulares, entre los que se encontraba el Catedrático de Derecho Público Dr. Gusy, que se sentían perjudicados al ser usuarios habituales de Teléfonos, tanto móviles como fijos, Internet y correo electrónico. El 29 de febrero del 2008 se presenta un segundo Recurso de Amparo por cerca de 34.000 usuarios³¹. Este hecho da cuenta de la enorme polémica que la norma ha suscitado en la RFA. De hecho, la Directiva era controvertida antes de su aprobación. Así, el Bundesrat no la aceptó hasta que fue informado por el Gobierno federal de que las presiones alemanas habían conseguido reducir el plazo mínimo de almacenamiento de datos de doce a seis meses³².

La Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre retención de datos³³, fija la obligación de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de conservar múltiples datos relativos a las comunicaciones con el fin de que estén disponibles para la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves. Dichos datos permiten identificar en las comunicaciones telefónicas y electrónicas el usuario del servicio, el destinatario de la comunicación, así como otras circunstancias básicas de la comunicación.

³⁰ ISENSEE, J., «Das Grundrecht als Adwehrrecht und als staatlich Schutzpflicht», en ISENSEE, J. y KIRCHHOF, P., *HdBStR, Band V*, Müller Juristischer, Heidelberg, 1997, p. 170.

³¹ El contenido de estas demandas, así como abundante información sobre la Directiva y la norma alemana de transposición en www.vorratsdatenspeicherung.de.

³² LEUTHEUSSER, S. «Vorratsdatenspeicherung - Ein vorprogrammierter Verfassungskonflikt» *ZRP*, 2007, p. 9 y ss.

³³ Directiva *cit.* Nota 10.

Entre otras cuestiones, establece la obligación de almacenar y conservar un mínimo de seis meses y un máximo de dos años los números de teléfono o de IP del aparato emisor y receptor, el nombre y la dirección de los usuarios de ambos, la fecha, hora de comienzo y de finalización de la llamada, los datos que identifiquen geográficamente el equipo emisor, tanto en los aparatos fijos como móviles, y el tipo de comunicación (teléfono fijo o móvil o servicio de Internet empleado). Si bien excluye expresamente el contenido de la comunicación.

Esta norma ha estado rodeada de polémica tanto por la base jurídica empleada³⁴, como por su posible colisión con los Derechos Fundamentales³⁵. Ambos aspectos han sido ampliamente estudiados por la doctrina alemana³⁶, sin embargo, nos limitaremos a la posible violación del derecho a la autodeterminación informativa y al secreto de las comunicaciones.

Pese a la enorme discusión política y social que suscitó la Directiva en Alemania, su transposición mediante la reforma de la Ley de Telecomunicaciones otorgó un generosísimo alcance a la retención de datos. La ley alemana, siguiendo la Directiva, prevé el almacenamiento indiscriminado de datos relativos a comunicaciones electrónicas y telefónicas de todos los usuarios. Estos datos se almacenan seis meses, y podrán ser puestos a disposición de los cuerpos de seguridad para investigar y perseguir delitos graves. Sin embargo, a los efectos de su ámbito aplicación, la Ley de Telecomunicaciones considera graves no sólo a los delitos calificados de tales por el Código penal, sino también a aquellos que empleen medios electrónicos para su comisión. Además, extiende la medida a la prevención de posibles amenazas a la seguridad pública. De esta manera, las posibilidades de acceso a los datos son mayores en la Ley de Telecomunicaciones que en la Directiva.

³⁴ La Directiva se aprueba con base en el art. 95 TCE, contra esta decisión interpuso recurso de nulidad la República de Irlanda al considerar que el objetivo predominante de la norma era facilitar la investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales, siendo la única base jurídica posible los arts. 30, 31.1.c y 34.2.b TUE. Sin embargo, la validez de la base jurídica escogida fue confirmada por Sentencia de 10 de Febrero de 2009, *Irlanda / Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-301/ 2006.

³⁵ Acerca de su dudosa compatibilidad con el art. 8 CEDH. BREYER, P., «Telecommunications Data Retention and Human Rights: The compatibility of Blanket Traffic Data Retention with the ECHR», *ELJ*, Vol. 11, n. 3, 2005, pp. 356 y ss,

³⁶ Sobre las dudas suscitadas por el recurso al art. 95 TCE como base jurídica, entre otros, GITTER, R. / SCHNABEL, Ch., «Die Richtlinie zur Vorratsspeicherung und ihre Umsetzung in das nationale Recht», *MMR* 2007, pp. 412- 413.

Conforme a la jurisprudencia del TCF, brevemente comentada, este almacenamiento masivo de datos personales es, indudablemente, una injerencia de elevada intensidad en el derecho a la autodeterminación informativa. Así, afecta a todos los usuarios de los servicios indiscriminadamente. La puesta en común de los datos almacenados permite identificar a los individuos y conocer sus pautas de comportamiento. Algunos datos, además, afectan a otros derechos fundamentales, en particular al secreto de las comunicaciones, que protege también las circunstancias de una comunicación³⁷. Además, de este almacenamiento se pueden derivar consecuencias negativas para los ciudadanos, en cuanto su fin es permitir la investigación, persecución y enjuiciamiento de delitos o amenazas a la seguridad pública. Por último, el fin es indeterminado, ya que incluye la investigación y enjuiciamiento de delitos graves, así como de «amenazas a la seguridad pública»

De acuerdo con el TCF, el particular ha de saber quién, cuándo y con qué propósito dispone de sus datos personales. Sólo así será libre para decidir, relacionarse y actuar. La vulneración del derecho a la autodeterminación informativa minora el desarrollo personal y social del conjunto de la sociedad democrática.

Aunque la legislación antiterrorista tenga como fines la protección de la vida e, incluso, la propia existencia de la sociedad, deben tomarse en consideración los derechos implicados. Las injerencias elevadas en los derechos fundamentales deben garantizar un bien jurídico concreto ante un determinado estado de sospecha o constatación de un peligro cierto. Debe concretizarse el bien que se protege y el peligro que lo amenaza. La actuación policial se legitima por la proximidad en el tiempo y espacio del hecho dañino, de lo contrario las acciones policiales serían tan inabarcables como el riesgo que se pretende evitar³⁸.

Por ello, no es de extrañar que se afirme unánimemente que la Directiva comunitaria es incompatible con el contenido básico del que disfrutan la autodeterminación informativa y el secreto de las comunicaciones en la

³⁷ Al respecto, con la Directiva ya aprobada el TCF volvió a reiterar su jurisprudencia conforme a la cual el secreto de las comunicaciones protege no sólo el contenido de la comunicación sino cualquier información sobre el lugar, momento, duración, y tipo de la comunicación así como muy en particular la identificación de los sujetos que participaron en la misma. Un almacenamiento de dichos datos, así sea por un corto período de tiempo, implica una clara injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones. BvR 1811/99. 27.10.2006. *NJW*, 2007, pp. 3055- 3056

³⁸ DENNINGER, E., *ob. cit.*, p. 471.

jurisprudencia alemana³⁹. De hecho, de las decisiones tomadas hasta ahora por el TCF, parece desprenderse que, cuando menos, considera altamente probable que la norma vulnere diversos derechos fundamentales.

Ambas demandas de amparo solicitaron que, a la espera de la sentencia, la entrada de vigor de la ley fuera suspendida. El TCF satisfizo parcialmente dicha petición mediante Auto de 11 de marzo del 2008. En dicho Auto el TCF puso manifiesto que el recurso de amparo no carece de buenos argumentos. Su éxito dependerá de las premisas conforme a las cuales se almacenen masivamente datos sensibles, ya que están directamente relacionados con el secreto de las comunicaciones. Asimismo, será preciso analizar si se respeta la exigencia constitucional de concretizar el fin de toda recopilación de datos personales⁴⁰. En cualquier caso, ante la clara posibilidad de que los derechos estén siendo vulnerados y siendo tan elevado el número de afectados, el TCF procedió a suspender la entrada en vigor de la Ley (Párrafo 140). Si bien, al tratarse de la transposición de una Directiva, la suspensión es parcial.

Al respecto, reitera su conocida jurisprudencia conforme a la cual ya no ejerce su jurisdicción sobre las normas comunitarias, en tanto en cuanto las Comunidades Europeas aseguren una efectiva protección de los Derechos Fundamentales equivalente a la que la *Grundgesetz* exige como irrenunciable. En consecuencia, no deben medirse conforme a la *Grundgesetz* las normas internas que sean transposición de una Directiva. Ahora bien, aquellos preceptos que sean concretización libre del legislador alemán o cuyo alcance sea mayor que el estrictamente fijado en la Directiva, pueden ser objeto de un recurso de amparo (Párrafo 135).

En este caso, la Directiva sólo exige que esos datos se almacenen para la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves. Por tanto, la concreción de que es un delito grave o la inclusión en el ámbito de la norma de medidas de mantenimiento de la seguridad pública, han sido decisión del legislador alemán (Párrafo 136). En consecuencia, el TCF no suspende la obligación de los proveedores de servicios de almacenar los datos, y de permitir el acceso de los poderes públicos para la persecución de delitos graves. Sin embargo, limita la aplicación de la ley a los delitos

³⁹ BIZER, J., «Vorratsdatenspeicherung: Ein fundamentaler Verfassungsverstoß», *DuD*, 2007 p. 587, GITTER, R. / SCHNABEL, Ch., *op. cit.*, pp. 413 y ss., GOLA, P. / KLUG, Ch. / REIF, Y., «Datenschutz - und presserechtliche Bewertung der Vorratsdatenspeicherung», *NJW*, 2007, pp. 2599 y ss, LEUTHEUSSER, S., *ob. cit.*, pp. 10 y ss.

⁴⁰ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 11.3.2008 Párrafo 138.

que ya eran calificados de graves por el Código Penal o las Leyes penales especiales. Es decir, suspende la posibilidad de acceso a los datos ante delitos en los que se haya empleado para su comisión de las telecomunicaciones. Asimismo, tampoco podrá accederse a los datos para prevenir posibles amenazas a la seguridad pública.

Ahora bien, más allá del posible de acceso de los poderes públicos a datos relativos a las comunicaciones, el almacenamiento en sí puede suponer una injerencia en los derechos fundamentales. Esta medida puede poner en peligro la confianza de los ciudadanos en las telecomunicaciones y, en consecuencia perjudicar la comunicación entre los miembros de la sociedad. Pero, aunque esta posible minoración de los derechos no pueda ser restituida por la posterior declaración de inconstitucionalidad de la ley (Párrafos 155-156), suspenderla podría perjudicar la política criminal de las autoridades públicas (Párrafos 162-163).

Sin embargo, esta afirmación última es poco convincente. En este sentido, es preciso recordar que la obligación de almacenar se deriva de la propia Directiva, ya que no deja espacio de decisión al respecto a los legisladores nacionales. Y a la hora de ponderar las consecuencias derivadas de la suspensión, el TCF toma en consideración el orden jurídico comunitario. La suspensión de una norma nacional que responde a una obligación comunitaria, puede afectar el interés de la Comunidad Europea porque impediría una efectiva ejecución de su ordenamiento. En este sentido, el TCF, con cita expresa de la jurisprudencia del TJCE⁴¹, recuerda que la suspensión por parte de los Tribunales nacionales de normas que ejecuten obligaciones comunitarias sólo puede decidirse bajo premisas muy estrictas, que ponderen adecuadamente el interés de las Comunidades en el cumplimiento del Derecho Comunitario (Párrafo 143). Esta prudencia le lleva a no suspender la entrada en vigor de los artículos que quedaban fuera del espacio de decisión del legislador nacional

Por lo que respecta a la decisión sobre el fondo, el Auto del TCF hace un llamamiento al propio TJCE recordando el recurso de nulidad interpuesto por Irlanda. Si dicho recurso prosperase, la decisión del TCF podría extenderse a todos los artículos que no estuviesen respaldados por la dic-

⁴¹ Al respecto cita la Sentencia de 21 de Febrero de 1994, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen y Suckerfabrik Suest* C-143/88 y C-92/89, *Rec.* I-415, párr. 22 y ss., la Sentencia de 9 de Noviembre de 1995 *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft y otros* C-465/93, *Rec.* I-3761, párr. 31 y ss., la Sentencia de 17 de Julio de 1997, *Krüger GMBH & Co. K. G.*, C-334/95, *Rec.* I-4517, párr. 43 y ss y la Sentencia de 11 de Febrero de 2005, *Gaston Shul Douane- expéditeur*, C-461/ 03, *Rec.* I-10513, párr. 17 y ss.

ción de la Directiva. Recurso de nulidad que, por cierto, el Auto del TCF considera «no carente de razones» (Párrafo 137).

Sin embargo, el TJCE no anuló la Directiva. Ahora bien, puso explícitamente de relieve que el recurso se había limitado a la elección de la base jurídica, sin que hubiese sido objeto del mismo «una posible violación de los derechos fundamentales resultante de las injerencias que implica la Directiva»⁴². Esta decisión del TJCE dejó en las manos del TCF la decisión sobre el camino para resolver el conflicto.

IV. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ANTE EL DERECHO COMUNITARIO: DEL CONFLICTO A LA AUTARQUÍA

En principio, cabe afirmar que toda recopilación y tratamiento de datos personales en la RFA debe cumplir, como mínimo, los requisitos establecidos en las sentencias sobre el cotejo de matrículas e investigación online, so pena de ser declarada inconstitucional. En otros términos, dicho almacenamiento de datos ha de tener un fin determinado, afectar a un grupo concreto de personas, definido por la propia actuación de las mismas, no podrá afectar a terceros ajenos, debe tener un plazo limitado, y ha de ponderarse el contenido de los datos y las consecuencias de dicha recopilación para los afectados. Asimismo, el objetivo que este tratamiento persiga debe estar perfectamente delimitado.

Frente a estas exigencias, la *Directiva de Retención Datos* afecta a todos los usuarios de los servicios electrónicos y telefónicos, sin exclusiones o excepciones, permite almacenar datos altamente sensibles, y dicho almacenamiento permitirá investigar o perseguir delitos. Es difícil compatibilizar estas medidas con el reconocimiento a la autodeterminación informativa en el ordenamiento alemán.

No obstante, el Auto afirma que el TCF ya no ejerce su jurisdicción sobre las normas comunitarias. De este modo hace referencia a una línea jurisprudencial conocida que ha hecho el conflicto con el TJCE cada vez más improbable⁴³. En este sentido, el TCF exige que se demuestre que el

⁴² Sentencia de 10 de Febrero de 2009, *Irlanda / Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* C-301/06, apartado 57.

⁴³ Sobre la evolución de la jurisprudencia del TCF, desde la Sentencia *Solange I* a la *Bananenmarktordnung*, por todos SCHWARZE, J., «Das Kooperationsverhältnis des Bun-

derecho comunitario, incluyendo la jurisprudencia del TJCE, ha reducido el estándar básico de protección de un derecho fundamental, su contenido esencial, como requisito para plantear la demanda de amparo⁴⁴. Paralelamente, ha establecido que el planteamiento de una cuestión prejudicial es parte del derecho al juez predeterminado por la ley (artículo 101 GG)⁴⁵, forzando a la jurisdicción ordinaria a acudir ante el TJCE⁴⁶. De esta manera, el TCF desactiva en gran medida la posibilidad de conflicto entre Tribunales, al reforzar la obligación de acudir ante el TJCE como juez comunitario.

Sin embargo, paradójicamente, no se ha aplicado a sí mismo idéntico nivel de exigencia. Y, a pesar de que puso de relieve hace tiempo su propia obligación de plantear una cuestión prejudicial⁴⁷, pese al ejemplo de los Tribunales Constitucionales austriaco, lituano o italiano, el TCF, al igual que el TC español, sigue plantearla. De hecho, no faltan quienes consideran que se trata tan sólo de mero orgullo⁴⁸.

Sin embargo, esta reticencia a cooperar directamente con el TJCE puede desembocar en soluciones, cuando menos, altamente insatisfactorias. En este sentido, tomando en consideración la jurisprudencia del TCF sobre la protección de datos y su posición frente al Derecho Comunitario, tres son los escenarios posibles: la autarquía, la cooperación o el conflicto.

La doctrina alemana considera probable una sentencia similar a la que

desverfassungsgericht mit dem Europäischen Gerichtshof», en, BADURA, E. y DREIER, H. (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001.

⁴⁴ BVerfGE 102, 147 (164).

⁴⁵ Entre otras, BVerfG, 1 BvR 1036/99 vom 9.1.2001. Párrafos 18-24 Sobre dicha jurisprudencia, HOFFMANN-RIEM, W., «Kohärenz der Anwendung europäischer und nationaler Grundrechte», *EuGRZ* 2002, pp. 476 y ss. BERGMANN, J., «Das Bundesverfassungsgericht im Europa», *EuGRZ* 2004, pp. 625-626.

⁴⁶ Esta obligación incluso se ha reforzado ya que, en sentencia de 1 de abril del 2008, el TCF ha afirmado que el demandante debe solicitar ante la jurisdicción ordinaria el planteamiento de la cuestión prejudicial, como condición para agotar todos los recursos antes de poder plantear un recurso de amparo. BVerfG, 2 BvR 2680/07 vom 1.4.2008. Párrafo 26. WEIß, «Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde und Vorlagepflicht zum EuGH», *EuR* 2008, pp. 558 y ss. TERHECHTE, J. P., «Der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde auf dem Prüfstand des Unionsrechts», *EuR*, 2008, pp. 567 y ss.

⁴⁷ BVerfGE 37, 271 (282).

⁴⁸ MAYER, F. C., «Das Bundesverfassungsgericht und die Verpflichtung zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof», *Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper 20/ 02* (2002), www.whi-berlin.de.

el TCF dictó a propósito de la Ley de Orden de Detención Europea⁴⁹. Como hiciera entonces, el TCF obligará al legislador alemán a elegir una transposición «favorable a los derechos fundamentales sin contradecir la decisión comunitaria»⁵⁰. De este modo, las exigencias derivadas del derecho a la autodeterminación informativa y al secreto de las comunicaciones se aplican sólo al espacio de decisión del legislador alemán. A la vista de las sentencias sobre la investigación online y el cotejo de matrículas, podrían ser declarados inconstitucionales los artículos de la Ley de Telecomunicaciones que permiten el acceso a los datos ante amenazas a la seguridad pública o para investigar delitos no graves. En definitiva, los preceptos que amplían el ámbito de aplicación de la norma más allá de la estricta obligación comunitaria.

Este camino implica analizar la violación en el derecho como si respondiese a una decisión aislada del legislador alemán, sin tomar en consideración que responde a la integración en el proceso comunitario y, con ello, a una decisión estructural asumida por la propia Constitución⁵¹. Al evitar el conflicto, pero no seguir el camino de la cooperación, se llega a una situación de ceguera del TCF, que resuelve los conflictos como si el Derecho Comunitario no existiera. En este caso, dada la injerencia en el derecho de la norma recurrida, si se declara inconstitucional sólo la ampliación del alcance de la Directiva por la Ley de Telecomunicaciones, la probable vulneración de los derechos ciertamente disminuye, pero no desaparece.

La configuración de la autodeterminación informativa como derecho fundamental es una de las líneas jurisprudenciales del TCF más conocidas y respetadas, dentro y fuera de Alemania⁵². Sin duda se trata de la ocasión perfecta para poner fin al intento de separación limpia entre el orden constitucional alemán y el ordenamiento comunitario. Para ello, el mejor escenario es optar por la cooperación con el TJCE mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial⁵³. Este camino daría la oportunidad al TJCE de

⁴⁹ GITTER, R. / SCHNABEL, Ch., *op. cit.*, p. 414, GOLA, P. / KLUG, Ch. / REIF, Y., *op. cit.*, p. 2601, LEUTHEUSSER, S., *op. cit.*, p. 13.

⁵⁰ BVerfG 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005. *NJW* 2005, p. 2293.

⁵¹ TOMUSCHAT, Ch., «Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», *EuGRZ* 2005, p. 455.

⁵² SCHLINK, B. «Das Recht der informationellen Selbstbestimmung», *Der Staat*, 1986, p. 234.

⁵³ La oportunidad ha sido señalada por los demandantes del amparo que el 24 de Febrero del 2009 han solicitado al TCF que plantee una cuestión prejudicial www.vorratsdatenspeicherung.de.

juzgar una norma altamente cuestionada y depurar los ordenamientos de todos los Estados miembros, si la norma fuese contraria a los derechos fundamentales, como la doctrina mayoritaria advierte.

El tercer escenario posible es el enfrentamiento directo. Si el TCF aplicase sin matices su doctrina acerca del derecho de protección de datos, un resultado factible sería declarar que la injerencia es inconstitucional. Dado el origen comunitario de la norma, el TCF declararía la Directiva no aplicable en la RFA.

Esta posibilidad fue apuntada en la Sentencia sobre el Tratado de Maastricht, en la que el TCF afirmó que, llegado el caso, le corresponde controlar si los actos jurídicos de las instituciones y órganos europeos se mantienen dentro de los límites de las competencias que les han sido otorgadas. De excederse, no estarían amparados por la Ley de Ratificación del Tratado y, por tanto, no serían vinculantes para la RFA⁵⁴.

De este modo, se reservaba la facultad de decidir unilateralmente si un acto comunitario excedía las competencias de la UE. Esta jurisprudencia generó un «equilibrio tenso» entre Karlsruhe y Luxemburgo, basado en la suposición implícita de que no se haría uso de esta «reserva nacional»⁵⁵. Sin embargo, lejos de rectificar, el TCF ha endurecido su postura a propósito del Tratado de Lisboa.

En este sentido, en Sentencia de 20 de junio de 2009 relativa a la aprobación del Tratado de Lisboa⁵⁶, el TCF afirma que la transferencia de derechos soberanos a la UE está condicionada a la conservación de la soberanía constitucional, que cristaliza fundamentalmente en el principio de atribución de competencias a la UE y en el respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros (párrafo 226). Llegado el caso, el TCF estará legitimado para comprobar que estos principios son garantizados (párrafo 235).

Asimismo, aludiendo directamente al TJCE, afirma que le corresponde al TCF examinar si los actos jurídicos de los órganos e instituciones de la UE se mantienen dentro de los límites o si se produce una interpretación extensiva de los tratados por la jurisprudencia, que implique una modificación autónoma de los Tratados inadmisibles (párrafo 338). En última instancia, de manera excepcional, el TCF podría declarar el Derecho comunitario no aplicable en Alemania. No en vano, el propio TJCE ha llevado a cabo una interpreta-

⁵⁴ BVerfGE 89, 155 (188).

⁵⁵ MASING, J., «Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten», *NJW*, 2006, pp. 264-265.

⁵⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009 www.bverf.de.

ción similar de la vinculación de la Comunidad a las resoluciones de Naciones Unidas en el conocido como Caso *Kadi* (párrafo 340)⁵⁷.

No es de extrañar que esta sentencia haya provocado una airada reacción de la doctrina alemana más europeísta que alerta de un conflicto entre las jurisdicciones. Conflicto que podría fácilmente estallar a propósito del recurso contra la Ley de Telecomunicaciones o del «caso Honeywell»⁵⁸. No en vano, conforme a la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, el TCF puede declarar inaplicable en Alemania las obligaciones derivadas de la Directiva de Retención de Datos. El único modo de eludir el conflicto sería obligar al TCF a plantear una cuestión prejudicial⁵⁹. Sólo así evitaría Alemania las consecuencias de un posible incumplimiento de sus obligaciones comunitarias.

Sin embargo, más allá de las consecuencias pecuniarias, no es baladí el desafío que tiene ante sí el proceso comunitario en general y el TJCE muy en particular. El Tribunal Constitucional posiblemente más respetado y seguido en la UE podría estar anunciando una rebelión contra el TJCE. Este enfrentamiento perjudicaría a ambos Tribunales. Al TJCE porque su fuerza principal reside en la legitimidad de que hasta ahora ha disfrutado⁶⁰.

⁵⁷ Como avisase la doctrina, la sentencia *Kadi* se vuelve contra el propio TJCE, sirviendo de excusa a otros Tribunales para cuestionar su competencia. DÖRR, O., «Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen und europäischen Verfassungsgerichten», *DVBl*, 2006, p 1096.

⁵⁸ Se trata del Recurso de Amparo interpuesto por la empresa Honeywell contra la sentencia del Bundesarbeitsgerichts. Dicha sentencia, con cita expresa de la Sentencia de 22 de noviembre de 2005, *W. Mangold y R. Helm*, C-144/04, *Rec. I-9981*, determina la necesaria aplicación de la prohibición de discriminación por razón de edad a este supuesto, atendiendo a la petición del trabajador, que consideraba discriminatorio una duración del contrato inferior a dos años por haber cumplido los 52 años. En consecuencia declaró dicha cláusula contractual no aplicable. Aunque el recurso formalmente se ha planteado contra la sentencia del Tribunal Supremo, en realidad el objeto es la doctrina contenida en la sentencia Mangold. Sobre dicho conflicto in totum GERKEN, L., RIEBLE, V., ROTH, G., STEIN, T., STREINZ, R., *Mangold als ausbrechender Rechtsakt*, Sellier European Law Publisher München 2009.

⁵⁹ Con dicho fin, el manifiesto, firmado por profesores tan conocidos como Armin von Bogdany, Torsten Stein, Christian Tomuschat, Ingolf Pernice o Christian Callies, entre otros, pide al legislador alemán que modifique la Ley del Tribunal Constitucional Federal e introduzca un nuevo artículo que le obligue expresamente a plantear una cuestión prejudicial cuando sea determinante para su decisión en un determinado proceso la validez o interpretación de cualquier norma, acto, principio o decisión de algún órgano o institución comunitaria www.whi-berlin.de.

⁶⁰ WIELAND, J., «Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Rechtsanwendung und Rechtsgestaltung», *NJW*, 2009, p. 1845.

Y al TCF porque sigue sin comprender que no puede compensar su pérdida de peso con reclamos a la soberanía desvinculados de la apuesta euro-peísta que, hace tiempo, hizo la *Grundgesetz*⁶¹. La cooperación no es un voluntario «self-restraint» de los Tribunales, sino una exigencia jurídica derivada de la coexistencia de jurisdicciones⁶².

Pese a ello, la sentencia sobre el Tratado de Lisboa no hace mención alguna a la cooperación del TCF con el TCJE. Será preciso esperar a que el TCF resuelva los casos pendientes para saber a cuál de los tres posibles escenarios nos enfrentamos. Sólo entonces sabremos si el TCF pasó de la autarquía al enfrentamiento sin intentar primero dialogar.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN ANTE
LA COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DE LA NORMATIVA NACIONAL DE ORIGEN EUROPEO
DE PREVENCIÓN DE DELITOS

RESUMEN: La Ley de Telecomunicaciones mediante la cual se transpuso la conocida como «Directiva de retención de datos» ha sido recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional Alemán, *Bundesverfassungsgericht*, por su posible conculcación de los derechos a la protección de datos personales y al secreto de las comunicaciones. A la espera de la decisión final el *Bundesverfassungsgericht* ha suspendido su entrada en vigor.

Esta decisión afecta a una norma cuyo origen es una norma comunitaria que pretende prevenir delitos graves, en particular atentados terroristas y ha sido tomada por un Tribunal que se ha caracterizado en los últimos años por exigir que la legislación antiterrorista sea respetuosa con los derechos fundamentales. Ambas circunstancias son tenidas en cuenta en este trabajo que analiza dos sentencias recientes del *Bundesverfassungsgericht* que declararan la inconstitucionalidad de diversas Leyes antiterroristas de los Länder por vulnerar el «derecho de autodeterminación informativa». Dada la similitud en el objeto y la proximidad en el tiempo de esas sentencias, los parámetros que fijan serían susceptibles de ser aplicados a la Ley de Telecomunicaciones. Sin embargo, es preciso también en cuenta la posición del *Bundesverfassungsgericht* ante el Derecho Comunitario, de manera que es harto improbable que juzgue la norma como si fuese una norma estrictamente federal.

De la confluencia de ambas jurisprudencias parece deducirse que cabe esperar una decisión similar a la tomada a propósito de la Ley de orden de detención europea, a pesar de que no parece la solución más acertada en este caso. De hecho la mejor decisión que podría tomar el *Bundesverfassungsgericht* sería plantear al fin una cuestión prejudicial.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional Federal Alemán, Directiva de Retención de Datos, Legislación Antiterrorista, Derechos Fundamentales.

⁶¹ HESSE, K., «Verfassungsrechtsprechung im geschichtlichen Wandel», *JZ* 1995, pp. 270- 271.

⁶² HEINTZEN, M., «Die Herrschaft über die Gemeinschaftsverträge», *AöR*, 1994, p. 588.

THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT
AND THE COMPATIBILITY BETWEEN THE FUNDAMENTAL RIGHTS
AND THE «PREVENTING CRIMES NATIONAL LEGISLATION»
WITH COMMUNITY LAW ROOTS.

SUMMARY: The constitutionality of the Telecommunications Law that transposed the directive known as «Data Retention Directive» has been challenged by means of a *Verfassungsbeschwerde* before the *Bundesverfassungsgericht* on the basis it could violate the rights to personal data protection and secrecy of communications. Waiting for the final decision the *Bundesverfassungsgericht* has stayed of its taking into effect.

This decision affects to a legal norm whose origin is a Community Law norm that aims to prevent important crimes, in particular terrorist attacks and has been made by a Court characterized in the last years by demanding the legislation to be respectful with the fundamental rights. Both circumstances are taken into account in this work that analyses two recent *Bundesverfassungsgericht* sentences that declare unconstitutional several *Länder* anti-terrorism laws because of violating the «right to informative auto-determination». Those both sentences, given the resemblance of their object and their temporal proximity, settle parameters that would be applied to the Telecommunications law. Nevertheless it is necessary to take into account the status of the *Bundesverfassungsgericht* before the Community Law that rejects the *Bundesverfassungsgericht* judge this law as a mere national law but as a national law with Community Law roots.

From the confluence of both sentences it can be deduced that it is expectable a similar decision to the made one regarding the European Arrest Award Law in spite of that it does not seem the best solution for this case. Actually the best decision that the *Bundesverfassungsgericht* could make would be to refer to the Court of Justice of the European Communities for a preliminary rule.

KEY WORDS: German Federal Constitutional Court. Data Retention Directive. Anti-Terrorism Legislation, Fundamental Rights.

LA COUR CONSTITUTIONNELLE FÉDÉRALE ALLEMANDE DEVANT
LA COMPATIBILITE DES DROITS FONDAMENTAUX
AVEC LA REGLEMENTATION NATIONALE - D'ORIGINE EUROPEENNE –
SUR LA PREVENTION D'INFRACTIONS.

RESUME: La nouvelle *Loi sur les Télécommunications*, qui est la transposition dans le droit allemand d'une directive européenne connue comme la «Directive sur la conservation des données», a été recourue en avril devant la Cour Constitutionnelle allemande, le *Bundesverfassungsgericht*, à cause de l'une possible infraction des droits à la protection de données personnelles et au secret des communications. En attendant de rendre sa décision finale, le *Bundesverfassungsgericht* a suspendu l'entrée en vigueur de la loi.

D'un côté cette décision affecte une loi nationale dont l'origine est une norme communautaire qui prétend prévenir des infractions pénales graves, en particulier des attentats ter-

roristes, et de l'autre elle a été rendue par un Tribunal, qui durant les dernières années n'a cessé d'exiger que la législation antiterroriste respecte les droits fondamentaux. Ce travail prend donc en considération ces deux aspects tout en analysant deux récentes décisions du *Bundesverfassungsgericht* déclarant l'inconstitutionnalité de diverses Lois antiterroristes des Länder pour violation du «droit à l'autodétermination informative». Vu la similitude de l'objet des recours et la proximité dans le temps de ces décisions, les paramètres qu'elles ont fixés pourraient être susceptibles d'être appliqués à la *Loi sur les Télécommunications*. Toutefois, il faut également tenir en compte que, en ce qui concerne le Droit Communautaire, le *Bundesverfassungsgericht* refuse de juger la norme communautaire comme s'il s'agissait d'une norme strictement fédérale.

Vu la confluence des ces deux lignes de jurisprudence, on pourrait s'attendre à ce que le *Bundesverfassungsgericht* rende une décision semblable à celle statuant sur la *Loi sur le mandat d'arrêt européen*, bien qu'une telle solution ne paraisse pas la plus juste dans le cas de la *Loi sur les Télécommunications*. De fait la meilleure décision que pourrait prendre le *Bundesverfassungsgericht* serait d'enfin envisager de poser la question préjudicielle.

MOTS CLÉS: Cour constitutionnelle fédérale allemande, Directive sur la conservation des données, Législation anti-terroriste, Droits fondamentaux.