

EFICACIA DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA NORMATIVA DE ORIGEN NACIONAL QUE TRANSPONE UNA DIRECTIVA ANULADA

Juan José González López

Letrado Jefe de la Asesoría Jurídica Territorial de la Delegación Territorial de la
Junta de Castilla y León en Burgos

Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Burgos

Sumario:

1. Introducción
2. La anulación de la Directiva 2006/24/CE
3. Contraste de las objeciones a la Directiva 2006/24/CE con la Ley 25/2007
4. Repercusiones de la anulación de la Directiva 2006/24/CE en la Ley 25/2007
5. Conclusiones

1. Introducción

El objeto de la presente comunicación es abordar los posibles efectos derivados de la anulación de la 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, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante); concretamente, sus repercusiones en la validez de la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (LCD en adelante) que transpuso esa Directiva en el ordenamiento español. Dado que la anulación de la Directiva fue consecuencia de su incompatibilidad con los derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta en adelante), el supuesto que analizamos permite cuestionarse el grado de proyección de la Carta en una norma que, si bien

obedeció en buena medida a la transposición de la Directiva, es de origen nacional y, por tanto, no se ve afectada en su vigencia por el hecho de la anulación de la Directiva. Como expondremos, cabe advertir no sólo una eficacia hermenéutica, sino también un posible efecto directo capaz de justificar la inaplicación de la LCD, así como de someter al escrutinio del TJUE otras normas igualmente dirigidas a establecer la conservación generalizada de datos de las comunicaciones electrónicas.

2. La anulación de la Directiva 2006/24/CE

El punto de partida de la presente comunicación viene dado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE en adelante), Gran Sala, de 8 de abril de 2014 que declaró inválida la Directiva 2006/24/CE¹. Dicha Sentencia se dictó de resultas de la acumulación de dos cuestiones prejudiciales planteadas por la *High Court* de Irlanda y el *Verfassungsgerichtshof* de Austria (Asuntos C-239/12 y C-594/12, respectivamente) y que, como sintetiza el Tribunal, en definitiva consultan sobre la validez de la Directiva 2006/24/CE a la luz de los artículos 7, 8 y 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea².

La Directiva 2006/24/CE tuvo como objeto y ámbito, según su artículo 1.1, *“armonizar las disposiciones de los Estados miembros relativas a las obligaciones de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de una red pública de comunicaciones en relación con la conservación de determinados datos generados o tratados por los mismos, para garantizar que los datos estén disponibles con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, tal*

¹ Un comentario a esta Sentencia se realiza en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Sobre la incidencia de la declaración de invalidez de la Directiva 2006/24/CE en la ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones”, *Diario La Ley*, n.º 8308, 12 de mayo de 2014, pp.6 a 9.

² Artículo 7 (*“respeto de la vida privada y familiar”*): *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”*.

Artículo 8 (*“Protección de datos de carácter personal”*): *“1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.*

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente”.

Artículo 11 (*“Libertad de expresión y de información”*): *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.*

2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”.

como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro”. La armonización operaba respecto de lo que hemos dado en denominar “conservación generalizada de datos”, aunque generalmente se la denomina “retención de datos”, para diferenciarla de la “retención” y “preservación” que se prevén en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. Se trata de una medida caracterizada por “*la imposición legal a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas del deber de conservación sistemática de ciertas categorías de datos vinculados a las citadas comunicaciones durante un determinado periodo de tiempo, con vistas a su [eventual] revelación a las autoridades competentes en relación con los fines que legalmente se determinen*”³.

Antes de exponer sucintamente el contenido de la Sentencia, es preciso destacar que este pronunciamiento vino precedido por la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán de 3 de marzo de 2010 y el conocido como “Informe Malmström”⁴. Este segundo ya se hizo eco de los reproches dirigidos a la Directiva por considerar la medida en ella prevista (la conservación generalizada de datos) una “*injustificada e innecesaria restricción del derecho a la privacidad*”.

El TJUE concluye que la conservación de datos establecida por la Directiva afecta a los tres derechos fundamentales enunciados. Al derecho a la vida privada y familiar, porque los datos conservados, considerados en su conjunto, permiten extraer conclusiones sobre la vida privada de los titulares de esos datos (hábitos cotidianos, lugares de residencia, desplazamientos, relaciones y medios sociales que frecuentan). Al derecho a la protección de datos de carácter personal, porque esa conservación de datos constituye un tratamiento incardinable en el artículo 8 de la Carta. Y al derecho a la libertad de expresión e información, porque no puede excluirse que la conservación influya en el empleo por los abonados o usuarios de los medios de comunicación contemplados en la Directiva.

³ GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “La retención de datos de tráfico de las comunicaciones en la Unión Europea: una aproximación crítica”, *Diario La Ley*, n.º 6456, 5 de abril de 2006, p.3.

⁴ Acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, ORTIZ PRADILLO, J.C., “Tecnología versus Proporcionalidad en la Investigación Penal: la nulidad de la ley alemana de conservación de los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas”, *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 75, 2010, p.5.

El “Informe Malmström” es el Informe de la Comisión al Consejo y el Parlamento Europeo de evaluación de la Directiva de retención de datos (Directiva 2006/24/CE), de 18 de abril de 2011 (COM(2011) 225 final).

Con este presupuesto, la Sentencia aborda la proporcionalidad de la injerencia en los derechos previstos en los artículos 7 y 8 de la Carta (no del 11, pues dada la conclusión de invalidez que deriva del análisis de la relación de la medida con esos derechos, estima improcedente comprobar la validez a la luz de este último). Para ello, efectúa un examen en atención a los tres subprincipios en que se descompone el principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁵.

La Sentencia estima idónea y necesaria la medida, pero rechaza que sea igualmente aceptable desde la óptica del principio de proporcionalidad en sentido estricto por las siguientes razones:

- 1- Afecta a prácticamente toda la población europea, incluyendo a personas respecto de las que no existe indicio alguno de actividad delictiva y sin excepciones por razón del secreto profesional⁶.

⁵ Acerca del principio de proporcionalidad, PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid 1990, pp.313 a 376.

⁶ A una conclusión semejante llegó el GRUPO DEL ARTÍCULO 29, “Opinion 9/2004 on a draft Framework Decision on the storage of data processed and retained for the purpose of providing electronic public communications services or data available in public communications networks with a view to the prevention, investigation, detection and prosecution of criminal acts, including terrorism. [Proposal presented by France, Ireland, Sweden and Great Britain (Document of the Council 8958/04 of 28 April 2004)]”, adoptada el 9 de noviembre de 2004, p.5. Con anterioridad, GRUPO DEL ARTÍCULO 29, “Dictamen 5/2002 sobre la Declaración de los Comisarios Europeos responsables de protección de datos en la Conferencia Internacional celebrada en Cardiff (9-11 de septiembre de 2002) sobre la retención sistemática obligatoria de datos de tráfico de telecomunicaciones”, adoptado el 11 de octubre de 2002. Contrarios a la conservación generalizada de datos se muestran igualmente WEBLAU, E., “Gefährdungen des Datenschutzes durch den Einsatz neuer Medien im Strafprozess”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 113, 2001, p.703, BREYER, P., *Die systematische Aufzeichnung und Vorhaltung von Telekommunikations-Verkehrsdaten für staatliche Zwecke in Deutschland (Vorratsspeicherung, traffic data retention)*, Rhombos-Verlag, Berlin 2005, pp.96 y 156, que sostiene la falta de justificación de esta medida, concretamente estimándola desproporcionada en atención al carácter generalizado de la afectación. En nuestra doctrina, PÉREZ GIL, J., “Medidas de investigación y de aseguramiento de la prueba en el «Convenio sobre el cibercrimen»”, *Actualidad Penal*, n.º 36, semana del 29 de septiembre al 5 de octubre de 2003, p.913. El carácter reprochable de este tipo de medidas también es apuntado en FERNÁNDEZ CHATEIGNIER, V., “La protección jurídica del secreto de las comunicaciones en Internet”, *Diario La Ley*, n.º 5732, 5 de marzo de 2003, p.2. Fuera del Convenio Europeo de Derechos Humanos se ubican en LEZERTÚA, M., “El proyecto de Convenio sobre el Cybercrimen del Consejo de Europa”, en VVAA, *Internet y derecho penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001, p.54, las medidas de vigilancia general en las redes informáticas. En RODOTÀ, S., “La conservación de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas”, *IDP, Revista de Internet, Derecho y política*, n.º 3, 2006, pp.58 y 59, se apela a reaccionar contra las orientaciones a que respondía la Directiva. Y, por nuestra parte, GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “La retención...”, cit., p.5, y GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal*, La Ley, Madrid 2007, pp.428 y ss.

- 2- No se establecen límites ni procedimiento para el acceso y utilización por las autoridades nacionales a los datos conservados.
- 3- Los períodos de conservación no varían en atención al tipo de datos conservados y comprenden un arco no determinado por criterios objetivos de reducción al mínimo necesario.
- 4- No contiene garantías suficientes para la seguridad y protección de los datos conservados.
- 5- La Directiva no obliga a que los datos se conserven en el territorio de la Unión Europea, por lo que no puede considerarse que el control del cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad de los datos esté garantizado por una autoridad independiente.

De resultas de lo anterior, concluye el Tribunal que *“Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, ha de considerarse que, al adoptar la Directiva 2006/24, el legislador de la Unión sobrepasó los límites que exige el respeto del principio de proporcionalidad en relación con los artículos 7, 8 y 52, apartado 1, de la Carta”* y declara la invalidez de la Directiva⁷.

3. Contraste de las objeciones a la Directiva 2006/24/CE con la Ley 25/2007

La Directiva 2006/24/CE fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico mediante la LCD⁸. Ahora bien, la LCD no limita su alcance a dicha transposición, sino que se ocupa igualmente del procedimiento de cesión de dichos datos, establece el deber de los operadores de servicios de telefonía móvil que comercialicen servicios con sistema de activación mediante la modalidad de tarjetas de prepago de llevanza de un libro-registro en que conste la identidad de los clientes que adquieran una tarjeta con

⁷ Artículo 52.1: *“Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”*.

⁸ Así lo señala el Preámbulo, apartado I, de la LCD: *“Precisamente en el marco de este último objetivo se encuadra la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, 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, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, cuya transposición a nuestro ordenamiento jurídico es el objetivo principal de esta Ley”*.

dicha modalidad de pago y modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (actualmente derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones) para incorporar las previsiones referentes a la intervención de las comunicaciones con anterioridad ya presentes en el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios⁹.

Frente a lo que sucedía en la Directiva 2006/24/CE, la LCD sí regula el procedimiento de cesión de datos (artículos 6 y 7) y se ocupa de la seguridad y protección de los datos (artículo 8), aunque de forma censurable¹⁰. Comparte, sin embargo, el resto de características que motivaron la anulación de la Directiva 2006/24/CE, lo cual es lógica consecuencia del “mimetismo” de la LCD respecto de la Directiva¹¹.

Así, la medida consistente en la conservación generalizada de datos, al igual que ocurría en la Directiva 2006/24/CE, afecta a todos los usuarios de comunicaciones electrónicas, sin exigencia de indicios que los relacionen con conductas delictivas ni exclusiones en atención a otros bienes jurídicamente protegidos, como el secreto profesional¹². En línea con lo que reprocha el Tribunal, no concurre factor alguno (temporal o espacial) que delimite el ámbito de sujetos afectados¹³.

⁹ Acerca del objeto de la LCD, GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “Comentarios a la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º16, octubre 2008, pp.1-2. Ciertamente se trata de aspectos más o menos conectados con la conservación generalizada de datos, pues la cesión supone la facilitación de los datos a las autoridades competentes, el libro-registro es una medida instrumental orientada a la conservación y la modificación de la Ley 33/2003 guarda relación con el régimen de control de las comunicaciones electrónicas, de que la conservación generalizada es una manifestación.

¹⁰ Acerca de los motivos de reproche a las medidas de seguridad, GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “Comentarios...”, cit., p.10.

¹¹ La expresión indicada se emplea, en relación con el Anteproyecto de Ley, en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Identificación del terminal y sujeto pasivo de la intervención judicial de comunicaciones (II)”, *Diario La Ley*, n.º 6586, 8 de noviembre de 2006, p.7, siendo, si cabe, aún más adecuada respecto de la LCD.

¹² Ninguna excepción o matización se prevé en el artículo 4.1 LCD, al prever que “*Los sujetos obligados adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los datos especificados en el artículo 3 de esta Ley se conserven de conformidad con lo dispuesto en ella, en la medida en que sean generados o tratados por aquéllos en el marco de la prestación de los servicios de comunicaciones de que se trate*”.

Como se señala en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Sobre la incidencia...”, cit., p.10, “*fácil es constatar que el legislador español, en sus arts. 1 a 3 LCDCE, simplemente no tenía margen de actuación; lo que le lleva a copiar en su esencialidad la literalidad del mandato de la Directiva. La ley*

En cuanto al plazo de conservación (artículo 5.1 LCD), la LCD fija con carácter general el plazo de conservación en 12 meses, ayuno de criterios objetivos que permitan determinar, como reclama el Tribunal, que la conservación se limita a lo estrictamente necesario. Por otra parte, aunque la LCD sí prevé una eventual modulación del plazo, que puede reducirse hasta 6 meses o ampliarse hasta 2 años para “*determinados datos o una categoría de datos*”, se trata de una remisión al desarrollo reglamentario, sin pauta alguna en la Ley que identifique o facilite la identificación de los datos en que es precisa o conveniente la modulación y que no ha tenido lugar hasta la fecha¹⁴.

3. Repercusiones de la anulación de la Directiva 2006/24/CE en la Ley 25/2007

Una primera conclusión en relación con la cuestión planteada en la rúbrica de este apartado es que la anulación de la Directiva no conlleva automáticamente la de la LCD, esto es, una STJUE pronunciada respecto de un instrumento normativo comunitario no produce efectos en cadena en relación con normas de origen interno, aunque éstas se hayan promulgado (no necesariamente en exclusiva) para transponer la norma comunitaria. El TJUE limita su competencia prejudicial a la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE en adelante), por lo que las disposiciones emanadas de los órganos de los Estados miembros quedan al margen de su jurisdicción.

También en contra de los efectos para la LCD actúa que la circunstancia de que desaparezca la Directiva transpuesta no priva de soporte jurídico a la Ley, pues continúa

española se enfrenta en este punto a una situación de vulnerabilidad en el juicio de proporcionalidad/necesidad que le hace correr la misma suerte que la Directiva que transpone. Solamente, por tanto, si mantenemos la posibilidad de subsanación a nivel de legislación nacional de los vicios apuntados por la sentencia de 8 de abril de 2014, podríamos superar a nivel nacional ese primer y severo juicio de valor”.

¹³ Como se advierte en BREYER, P., *Die systematische...*, cit., pp.198 y 201, los usuarios de redes de comunicaciones electrónicas no son responsables de fuentes de peligro ni permanecen en un lugar espacialmente peligroso, pues, como se advierte en WEBLAU, E., “Gefährdungen...”, cit., p.703, “*Internet no es ningún lugar peligroso en abstracto*”. Al respecto, la vinculación de la conservación generalizada de datos con la tendencia a ampliar el número de personas sometidas a control hasta el punto de considerar a la población entera como “*«una potencial clase peligrosa»*”, transformando a “*todos los ciudadanos en potenciales peligrosos*”, es apuntada en RODOTÀ, S., “La conservación...”, cit., pp.56 y 57.

¹⁴ Una crítica al plazo de conservación puede consultarse en GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “Comentarios...”, cit., pp.8-9.

siendo una norma legítimamente promulgada conforme al procedimiento legislativo previsto en el ordenamiento jurídico español¹⁵. La Directiva 2006/24/CE, de conformidad con el artículo 288 TFUE, fijó un resultado que el Estado español debía cumplir y que efectivamente satisfizo mediante la LCD. El que la Directiva sea anulada sólo implica, en principio, que desaparece ese deber de resultado, pero no conlleva que el legislador o los operadores jurídicos deban repeler la LCD, que es parte del ordenamiento interno en tanto no sea derogada o anulada por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, no es cabe obviar que la anulación de la Directiva obedece a su contravención de unos derechos fundamentales contemplados en la Carta, que goza del mismo valor jurídico que los Tratados (artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea). Por ello, la anulación, más allá de la eliminación del instrumento normativo transpuesto, exige considerar la influencia que esa contravención de los derechos fundamentales declarada por el TJUE tiene sobre una Ley que es en gran medida trasunto de la Directiva. En definitiva, se trata de analizar la proyección de la prevalencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea manifestada en un instrumento comunitario sobre las disposiciones de origen nacional que responden a las directrices y resultados fijados por ese instrumento.

Al respecto, se han apuntado dos posibles vías de influencia de los derechos fundamentales de la Carta¹⁶:

La primera es la hermenéutica, consistente en el recurso a la Carta y, por ende, a su interpretación y aplicación por el TJUE para delimitar el ámbito de cobertura o contenido esencial de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española (CE en adelante)¹⁷.

¹⁵ Así se advierte en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Sobre la incidencia...”, cit., p.4.

¹⁶ NUEVO LÓPEZ, P., “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 50, 2015, pp.149 y ss.

¹⁷ Como se afirma ibídem, p.151, de esta forma los derechos de la Carta “*si bien indirectamente-aquellos pueden erigirse en parámetro con el que contrastar la validez de las normas nacionales*”.

Así, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, dispone que “*A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto*

En el supuesto planteado, las consideraciones de la STJUE serían difícilmente trasladables a la jurisprudencia sobre el derecho a la intimidad, a que se equipararía el derecho a la vida privada del artículo 7 de la Carta, pues es discutible que la LCD afecte a este derecho¹⁸. En el ámbito de los datos de carácter personal, de que los datos de las comunicaciones electrónicas son una modalidad, la afección a la intimidad en sentido estricto ha de vincularse a la identificación de los datos afectados como “datos especialmente protegidos” o “sensibles”¹⁹. Esta subsunción no deriva de los efectos que la conexión de datos de carácter personal (distintos del contenido material de la comunicación) puedan suponer para la elaboración de perfiles de personalidad, sino de que *prima facie* los datos formen parte del objeto de protección propio del derecho a la intimidad o a la libertad religiosa o ideológica, es decir, su vinculación originaria con otros derechos fundamentales distintos del derecho a la protección de los datos de carácter personal (en todo caso implicado)²⁰. Esa circunstancia no concurre en el caso de los datos de las comunicaciones electrónicas afectados por la LCD, por lo que no corresponden a la categoría de datos especialmente protegidos²¹.

En cambio, las consideraciones de la STJUE relativas al derecho a la protección de los datos de carácter personal son plenamente trasladables a nuestra jurisprudencia, pues la conservación generalizada de datos es una medida claramente restrictiva de este

en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el «Diario Oficial de la Unión Europea» de 14 de diciembre de 2007”.

Una crítica a este precepto puede consultarse en RIPOL CARULLA, S., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el BOE (Consideraciones sobre el artículo 2 de la LO 1/2008, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa), *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 37, 2010, pp.856 y ss.

¹⁸ Acerca del derecho previsto en el artículo 7 de la Carta, RUIZ MIGUEL, C., “El derecho a la protección de los datos personales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: análisis crítico”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 14, enero/abril 2003, pp.7-44.

¹⁹ GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., “Consideraciones acerca de las dificultades conceptual e iusfundamental planteadas por los datos de las comunicaciones electrónicas en la investigación penal”, Cabezudo Rodríguez, N. (editor), *Inclusión digital: perspectivas y experiencias*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza 2011, p.179.

Son “datos especialmente protegidos” los enunciados en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD en adelante), aquellos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, los que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual y los relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas.

²⁰ GONZÁLEZ LÓPEZ, J.J., *Los datos...*, cit., pp.311 y 312. En el mismo sentido, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Civitas, Madrid 2003, pp.276 y 277.

²¹ Este es el criterio que subyace al Real Decreto 424/2005, cuyo régimen de protección de los datos de carácter personal no se ajusta en su ámbito de aplicación al propio de los “datos especialmente protegidos”.

derecho. Así, con apoyo en la definición que de “datos de carácter personal” proporcionan la LOPDCP y su reglamento, la doctrina ha incluido en tal concepto los datos de tráfico, ya correspondan a comunicaciones en curso o concluidas, y la Agencia Española de Protección de Datos, por su parte, ha identificado como datos de carácter personal la dirección de correo electrónico, la dirección IP y los datos de abonado²². A partir de ello y del “tratamiento” a efectos de la LOPDCP que comporta la conservación de los datos, la medida regulada en la LCD se relaciona con el principio de finalidad (artículo 4.5 LOPDCP).

No obstante lo anterior, la proyección de la Carta estaría supeditada a que se suscitara el análisis de la constitucionalidad de la LCD ante el Tribunal Constitucional. Cerrada la vía del recurso de inconstitucionalidad por el transcurso de los plazos, las únicas vías restantes son la cuestión de inconstitucionalidad y la “autocuestión” de inconstitucionalidad provocada por un recurso de amparo (artículo 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional). En modo alguno pueden considerarse puramente hipotéticas, pues cualquier cesión de datos conservados al amparo de la LCD y empleados en la investigación de delitos permitiría que el Juez o Tribunal competente para el enjuiciamiento planteara la cuestión, caso de ser decisivo para el fallo el medio de prueba constituido por la información incorporada por medio de la cesión, o que un condenado recurriera en amparo la sentencia firme condenatoria con apoyo en la vulneración del derecho a la protección de los datos de carácter personal y, a efectos de acreditar la vulneración, en la hermeneusis del artículo 18.4 CE a la luz de la doctrina del TJUE.

La segunda vía es la convencional, con amparo en el artículo 51.1 de la Carta²³. En ella se ha visto la posibilidad de una aplicación directa de los derechos de la Carta

²² Ejemplo de lo primero son CORRIPIO GIL-DELGADO, M^a.R. y MARROIG POL, L., *El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*, Agencia de Protección de Datos, Madrid 2001, Premio Protección de Datos Personales, p.56, y GUERRERO PICÓ, M.C., “Protección de datos personales e Internet: la conservación indiscriminada de los datos de tráfico”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n.º 8, 2005, p.114.

En cuanto a la Agencia, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Dirección de correo electrónico”, 1999, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Carácter de dato personal de la dirección IP. Informe 327/2003”, AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Cesión de datos de abonados a la Policía Judicial. Informe 0297/2005”.

²³ “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando

por los jueces nacionales cuya clave se halla en la delimitación de lo que ha de entenderse por aplicación del Derecho de la Unión²⁴.

Al respecto, la STJUE de 7 de junio de 2012 (caso *Vinkov*), señala, tras citar jurisprudencia que mantiene que “*las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales vinculan a los Estados miembros en todos los casos en que deben aplicar el Derecho de la Unión*” y el artículo 51.1 de la Carta, que “*en el marco de una remisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, cuando una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para que el órgano jurisdiccional nacional pueda apreciar la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales tal como están expresados, en particular, en la Carta*”. Y en el caso examinado concluye precisamente que no concurre competencia del Tribunal para responder a la petición de decisión prejudicial porque “*no se desprende de la resolución de remisión que la normativa nacional constituya una medida de aplicación del Derecho de la Unión o que presente otros elementos de conexión con este último*”.

Y en la STJUE de 26 de febrero de 2013 (caso *Åkerberg*), tras concretar los supuestos límite de aplicación y no aplicación de la Carta a la normativa de origen nacional, afirma que²⁵: “*De este modo, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro deba controlar la conformidad con los derechos fundamentales de una disposición o de una medida nacional por la que se aplica el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta, en una situación en que la acción de*

apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”.

Al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L., “Artículo 51. Ámbito de aplicación”, MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (coordinadores), *La Europa de los Derechos (Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea)*, Comares, Granada 2012, pp.1301 y ss.

²⁴ NUEVO LÓPEZ, P., “Control de convencionalidad...”, cit., pp.152 y 154.

²⁵ Es de aplicación la Carta: “*En consecuencia, puesto que los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no existe ningún supuesto comprendido en el Derecho de la Unión en el que no se apliquen dichos derechos fundamentales. La aplicabilidad del Derecho de la Unión implica la aplicabilidad de los derechos fundamentales garantizados por la Carta*”.

No lo es: “*Cuando, por el contrario, una situación jurídica no está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia no tiene competencia para conocer de ella y las disposiciones de la Carta eventualmente invocadas no pueden fundar por sí solas tal competencia (véase, en este sentido, el auto de 12 de julio de 2012, Currà y otros, C-466/11, apartado 26)*”.

los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”.

De lo anterior se desprenden varias conclusiones:

Las normas nacionales que transponen Directivas, como sucede en parte con la LCD, han de considerarse aplicación del Derecho comunitario. A partir de ello, los supuestos de aplicación de la LCD en el marco de la investigación penal pueden considerarse situaciones no totalmente determinadas por el Derecho de la Unión, ya que, si bien se aplica dicha Ley, lo es en el marco de un proceso penal en que se incardina la cesión de datos conservados al amparo de la misma. En tales supuestos, la Carta, en su interpretación por el TJUE, opera como norma de mínimos, de forma que no excluye un estándar de protección más riguroso, pero sí uno que contravenga el derivado de la Carta.

La cuestión que se plantea es si los derechos fundamentales reconocidos en la Carta y que el TJUE considera vulnerados por la Directiva 2006/24/CE amparan la invocación de esos derechos para interesar la inaplicación de la LCD por el Juez o Tribunal competente que conoce de su aplicación a un caso concreto. En definitiva, si la Carta de Derechos Fundamentales despliega un efecto directo en este supuesto²⁶.

Es orientativa al respecto la STJUE de 15 de enero de 2014 (caso *Association de médiation sociale*), en que el Tribunal efectúa diversas consideraciones de relevancia para el caso que nos planteamos. Así, advierte de que la Carta es aplicable por tratarse de una normativa de origen nacional que constituye aplicación de una Directiva. Pero señala que el derecho del artículo 27 de la Carta, por sí solo, no se puede invocar en un

²⁶ Afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC en adelante) de 13 de octubre de 2011, que es “*Posición asumida reiteradamente por este Tribunal además de en la sentencia antes citada en la de 3 de noviembre de 2008 (RJ 2009, 2059), recurso de casación 2916/2004 con cita de otras anteriores, al afirmar que los jueces nacionales, en nuestra condición de jueces comunitarios, estamos obligados a salvaguardar la efectividad del derecho comunitario y su supraordenación al derecho interno conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ahora Tribunal General de la Unión Europea*”.

litigio entre particulares para invocar la inaplicación de la disposición de origen nacional. La razón es que para que el artículo 27 produzca plenamente sus efectos debe ser precisado por disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho de origen nacional.

En el caso que nos planteamos existen unas diferencias sustanciales con el de la Sentencia referida. En primer lugar, la aplicación de la LCD no se suscita en litigios entre particulares, pues su finalidad es la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos (artículo 1.1). En segundo, los artículos 7 y 8 de la Carta no han de ser precisados por disposiciones de origen nacional para que desplieguen sus efectos, sino que se trata de derechos subjetivos invocables como tales.

Así las cosas, al ser la LCD una norma, en gran parte, de transposición de la Directiva, cabría apelar al artículo 51.1 de la Carta para invocar el efecto directo de los derechos reconocidos en los artículos 7 y 8 a fin de que el Juez o Tribunal español inaplique la LCD por contravenir el Derecho comunitario que integran tales preceptos, según interpretación del TJUE al analizar una Directiva de que la LCD es transposición²⁷. Ello sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad, pues, como afirma la STC 180/1993, de 31 de mayo, *“no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario. Este control compete a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión excluida del ámbito del recurso de amparo”*

En relación con ello, la posibilidad de que la LCD fuera sustituida por otra norma de origen nacional, no destinada a la transposición de la Directiva, ya anulada, podría no solventar la discrepancia de una regulación de este tipo con la Carta, pues el

²⁷ Esta posibilidad se relaciona con la apreciación, bien que hecha respecto del Fiscal europeo, de que la Carta está destinada a erigirse en el cuadro de referencia para la garantía de los derechos fundamentales de los sospechosos y en el límite de los actos de investigación, a la vez que hace posible que las personas afectadas por la investigación se benefician del derecho al juez europeo, es decir, del derecho a que sea la jurisdicción europea la que fije los derechos fundamentales, NIETO MARTÍN, A., “Le Parquet Européen et l’organisation judiciaire au sein de l’Union”, DELAGE, P.-J. (coordination), *Le contrôle judiciaire du parquet européen nécessité, modèles, enjeux*, Société de Législation Comparée, Paris 2015, p.316.

TJUE ha realizado una interpretación amplia de la aplicación del Derecho de la Unión Europea. En la Sentencia de 26 de febrero de 2013, ya citada, se mantiene que *“El hecho de que las leyes nacionales en las que se basan los recargos fiscales y la acción penal no hayan sido adoptadas para adaptar el Derecho nacional a la Directiva 2006/112 no afecta a esta conclusión, dado que mediante la aplicación de dichas leyes se pretende sancionar la infracción de las disposiciones de la mencionada Directiva y, por tanto, dar cumplimiento a la obligación impuesta por el Tratado a los Estados miembros de sancionar de modo efectivo los actos que causen un perjuicio a los intereses financieros de la Unión”*. De ello se extrae que lo determinante no es que la norma de origen nacional sea transposición de una Directiva comunitaria, sino que esa norma dé cumplimiento a previsiones de Derecho de la Unión Europea.

En el caso de la conservación generalizada de datos, la STJUE de 10 de febrero de 2009 mantuvo que, dado que los datos cuya conservación disponía la Directiva 2006/24/CE eran únicamente los estrechamente ligados al ejercicio de la actividad comercial de los prestadores y que la misma no armonizaba el acceso a los datos por las autoridades competentes en materia represiva ni la utilización e intercambio de datos por esas autoridades, la norma quedaba al margen de la cooperación policial y judicial y su contenido se refería esencialmente a las actividades de los prestadores de servicios en el sector afectado del mercado interior. Como corolario, concluye que la adopción de la Directiva debía basarse en el artículo 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior)²⁸.

Desde esta óptica, cabría argumentar que una norma similar a la LCD que no se promulgara con el fin de transponer la Directiva anulada quedaría al margen de la eficacia de la Carta, al no orientarse a la armonización de las regulaciones de los

²⁸ En esta línea, el considerando sexto de la Directiva afirmaba que *“Las diferencias legales y técnicas entre disposiciones nacionales sobre conservación de datos con fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de delitos crean obstáculos en el mercado interior de las comunicaciones electrónicas; los prestadores de servicios deben cumplir requisitos diferentes en cuanto a los tipos de datos de tráfico y de localización que deben conservarse, así como en cuanto a las condiciones y los periodos de conservación”*.

Estados miembros en la materia²⁹. Sin embargo, no cabe obviar que la conservación generalizada de datos se ha presentado como una aplicación de la excepción prevista en el artículo 15.1 de la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), que fue modificado por la Directiva 2006/24/CE y vuelto a su redacción original por la Sentencia que anuló aquella³⁰. Y, de acuerdo con su artículo 1.1, *“La presente Directiva armoniza las disposiciones de los Estados miembros necesarias para garantizar un nivel equivalente de protección de las libertades y los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, así como la libre circulación de tales datos y de los equipos y servicios de comunicaciones electrónicas en la Comunidad”*.

De este modo, una norma de origen nacional que establezca la conservación generalizada de datos, aunque no sea en transposición de la Directiva, supondría una aplicación del Derecho de la Unión Europea, al aplicar una excepción prevista en la norma de armonización de las regulaciones de los Estados miembros en materia de comunicaciones electrónicas. La particularidad vendría dada por la ausencia de un pronunciamiento del TJUE que contraste la Carta de los Derechos Fundamentales con la normativa de origen nacional. Habría de acudir, por ello, a la cuestión prejudicial del artículo 267 TFUE con carácter previo a una eventual inaplicación de la norma de origen nacional por contravención de la Carta³¹.

²⁹ Esta posibilidad se apunta en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Sobre la incidencia...”, cit., p.4.

³⁰ A tenor de dicho precepto en su redacción original y actual, *“Los Estados miembros podrán adoptar medidas legales para limitar el alcance de los derechos y las obligaciones que se establecen en los artículos 5 y 6, en los apartados 1 a 4 del artículo 8 y en el artículo 9 de la presente Directiva, cuando tal limitación constituya una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública, o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 13 de la Directiva 95/46/ CE. Para ello, los Estados miembros podrán adoptar, entre otras, medidas legislativas en virtud de las cuales los datos se conserven durante un plazo limitado justificado por los motivos establecidos en el presente apartado. Todas las medidas contempladas en el presente apartado deberán ser conformes con los principios generales del Derecho comunitario, incluidos los mencionados en los apartados 1 y 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”*.

³¹ Al respecto, se destaca en JIMENO BULNES, M., “Perspectiva actual del Espacio Judicial Europeo en materia civil y penal. Especial incidencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”,

5. Conclusiones

A la luz de lo anteriormente expuesto, cabe concluir que la STJUE de 8 de abril de 2014 está llamada a determinar la anulación o inaplicación de la LCD, bien sea por vía interpretativa mediante una cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo que dé lugar a la “autocuestión de inconstitucionalidad”, bien sea por inaplicación de resultas del efecto directo de la Carta³². De igual modo, el camino abierto por la Sentencia puede erigirse en vía para cuestionar la adecuación al estándar comunitario de derechos fundamentales de normas de origen nacional que se amparen en la excepción del artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE. Ahora bien, todo ello depende de la iniciativa de los Tribunales españoles en el empleo de los medios indicados o del legislador español para adecuar el control de las comunicaciones electrónicas a las exigencias derivadas de los artículos 7 y 8 de la Carta.

JIMENO BULNES, M. (directora), *Nuevas aportaciones al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Hacia un Derecho Procesal Europeo de naturaleza civil y penal*, Comares, Granada 2014, p.35, “la importancia del procedimiento prejudicial en la construcción del Derecho de la Unión Europea en general y ahora Derecho procesal europeo”.

³² Como se afirma en RODRÍGUEZ LAINZ, J.L., “Sobre la incidencia...”, cit., p.4, “Cuando la norma comunitaria no da opción a un margen de discrecionalidad en el que pudiera plantearse una conformidad con los derechos fundamentales o principios concernidos, y aquella es declarada contraria a éstos, mantener la validez de la norma interna nacida al abrigo de la Directiva sería un inasumible contrasentido jurídico”.