

La Directiva de retención de datos ante el Tribunal Constitucional Federal alemán. La convergencia de jurisprudencias en la Europa de los Derechos: un fin no siempre deseable*

Maribel González Pascual

Profesora de Derecho Constitucional.
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN:

Las leyes de transposición de la Directiva de Retención de Datos han sido recurridas ante los Tribunales de diferentes Estados miembros. Sin duda una de las sentencias más importantes al respecto es la del Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF).

No en vano, en la sentencia de Lisboa el TCF afirma que, en caso de que una norma o decisión de la UE, vulnerase la identidad constitucional alemana, podía declararla no aplicable en Alemania. Paralelamente, ha declarado inconstitucionales en los últimos años varias normas aprobadas de los Länder, por vulnerar el secreto de las comunicaciones o la protección de datos personales. Si esta jurisprudencia se aplicaba a la ley de transposición de la Directiva, podían ser declarados inconstitucionales incluso preceptos impuestos por la Directiva.

De hecho, el TCF afirma que la ley de transposición era inconstitucional, pero por no compensar suficientemente el al-

ABSTRACT

Several of the national laws transposing the Data Retention Directive have been challenged before the Courts of the respective Members States. Undoubtedly, one of the most important decisions on this matter is the one adopted by the German Federal Constitutional Court.

In fact, according to the judgment of the German Federal Constitutional Court concerning the *Treaty of Lisbon*, any rule or decision of the EU which infringes the German constitutional identity could be declared by the Constitutional Court not to be enforceable in Germany. Besides, in recent years, the German Federal Constitutional Court has declared the unconstitutionality of several laws enacted by the Länder because they violated the secrecy of communications or data protection rights. If this case-law were to be applied to the national law transposing the Directive, given the resemblance of their object and their temporal proximity, it would possibly imply the declaration of unconstitutionality

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de I+D+I financiado por MICINN (Ref. DER2008-04499). Agradezco la lectura y los valiosos comentarios de Rafael Bustos Gisbert, Alex Saiz Arnaiz y Aída Torres Pérez que, sin duda, han contribuido a mejorar el original. Asimismo, tuve la oportunidad de discutir este trabajo en la Universitat de Barcelona en Julio de este año, hecho que enriqueció indudablemente el mismo. Por ello agradezco a todos los asistentes sus opiniones y observaciones, especialmente a David Moya y Argelia Queralt.

macenamiento de datos que impone la Directiva. Por tanto, la ley fue declarada nula y todos los datos almacenados fueron destruidos. La sentencia fija, además, de manera detallada las condiciones de seguridad, tutela judicial y el régimen de sanciones que la futura ley de transposición debe contener. Para ello se apoya en el principio de proporcionalidad. Por último, afirma que apenas queda espacio para normas similares sin vulnerar la identidad constitucional alemana.

Sin embargo, es una sentencia pro-europea. Por una parte, el TCF renuncia a su jurisprudencia y acoge la sentencia del TJUE en el asunto *Irlanda c. Parlamento Europeo y Consejo de la UE*. Por la otra, exige que se compensen las medidas impuestas por la Directiva, como recomendaba el Supervisor Europeo de Datos Personales. Esta sensibilidad del TCF hacia la UE se ha reforzado en la reciente sentencia *Honeywell*, que matiza la sentencia Lisboa.

No obstante, aunque muestre una firme voluntad de cooperación con la UE y, especialmente, con el TJUE no parece la mejor decisión. Ya que la jurisprudencia del TCF era mucho más garante que la elaborada por el TJUE. En este caso la protección de los derechos aconsejaba plantear una cuestión prejudicial que intentase que el TJUE cambiara su jurisprudencia. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa, además, podría haber empujado dicho cambio. De este modo se pone de relieve que la concurrencia de jurisprudencias facilita el proceso de integración, eliminando obstáculos y contradicciones, pero los Tribunales Constitucionales pueden cumplir un importante papel en el espacio europeo de los derechos defendiendo en ocasiones sus propios estándares.

of certain dispositions imposed by the Directive.

Actually the German Federal Constitutional Court declared the unconstitutionality of the national law but on the grounds that it did not sufficiently account for the collection of data which the Directive imposed. As a result, the law was declared null and void and all the collected data were destroyed. Moreover, the judgment specifies the security rules, judicial protection and even the sanctions that any future law of transposition must contain. The decision warns that not much room is left for similar rules not to violate the German constitutional identity.

Nevertheless it remains still a pro-Europe decision. On the one hand, the German Federal Constitutional Court abstains from following its own jurisprudence and applies the decision of the ECJ in the case *Ireland v. European Parliament and Council of the EU*. On the other hand, it demands that the law make up for the effects of the Directive, as the European Supervisor of Personal Data had asked in his reports. This approach to the EU made by the German Federal Constitutional Court is even more remarkable in the recent *Honeywell* decision, which nuances the *Lisbon* judgment.

Despite the Data Retention Decision showing a will to cooperate with the EU, and particularly with the ECJ, it does not seem the best solution for this case. As long as the case-law of the German Federal Constitutional Court provided more guarantees for the rights than the case-law of the ECJ, the correct decision would have been to refer a preliminary ruling. Thus this case highlights that the convergence of jurisprudences may enhance the European integration but in certain cases the Constitutional Courts may also play an important role in the European space of rights if they encourage their own guarantees.

Palabras clave: Retención de datos; Tribunal Constitucional; identidad constitucional; derechos fundamentales en Europa.

Keywords: Federal Constitutional Court; Data Retention Directive; Constitutional identity; fundamental rights in Europe.

SUMARIO

1. ANTECEDENTES DEL CASO: LA DIRECTIVA DE RETENCIÓN DE DATOS
2. LA SENTENCIA DEL TCF DE 2 DE MARZO DE 2010–2.1. *La dimensión nacional: las garantías del secreto de las comunicaciones en la Ley Fundamental de Bonn*–2.2. *La dimensión europea de la Ley de Telecomunicaciones*
3. EL PAPEL DEL TCF EN EL ESPACIO EUROPEO DE LOS DERECHOS

1. ANTECEDENTES DEL CASO: LA DIRECTIVA DE RETENCIÓN DE DATOS

La Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, de Retención de Datos es una de las normas de la UE más polémicas¹. Esta Directiva fue aprobada tras los atentados de Madrid y Londres, para potenciar las potestades de las fuerzas de seguridad en el ámbito de la sociedad de la información, ya que dichas facultades se consideran fundamentales para combatir el terrorismo². Sin embargo estas nuevas potestades policiales presionan el alcance de derechos como la libertad de autodeterminación informativa³ o el secreto de las comunicaciones.

En este sentido la Directiva fija la obligación de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de conservar, durante un mínimo de seis meses y un máximo de dos años, datos relativos a las comunicaciones con el fin de que estén disponibles para la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves. Dichos datos deben servir para identificar en las comunicaciones telefónicas y electrónicas el usuario del servicio, el destinatario de la comunicación, así como otras circunstancias básicas de la comunicación. Los datos afectados, entre otros, son los números de teléfono o de IP del aparato emisor y receptor, nombre y dirección de los usuarios, fecha, hora de comienzo y de finalización de la llamada, datos que identifiquen geográficamente el equipo emisor, tanto en los aparatos fijos como móviles, así como el tipo de comunicación (teléfono fijo o móvil, servicio de Internet empleado). De manera que, si bien excluye expresamente el contenido de la comunicación, afecta prácticamente a todas las circunstancias de la misma.

Esta norma ha sido objeto de múltiples conflictos ante diversos Tribunales tanto por la base jurídica empleada, como por su posible colisión con los

¹ CRAIG, P. y DE BURCA, G., *EU Law*, Oxford University Press, 2008, p. 263.

² BULL, H. P., *Datenschutz, Informationsrecht und Rechtspolitik*, Duncker & Humblodt, Berlin, 2005, p. 295, HORN, H. D., «Vorbeugende Rasterfahndung und informationelle Selbstbestimmung», *DöV*, 2003, pp. 746-747, VOLKMANN, U., «Die Verabschiedung der Rasterfahndung als Mittel der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung», *Jura*, 2007, pp. 136-137.

³ La denominación «autodeterminación informativa» ha sido aceptada 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 goza de mayor consenso la denominación protección de datos personales. Sobre dicha polémica en derecho español y comparado, SERRANO PÉREZ, M. M., *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Civitas, 2003, pp. 33 y ss. En este trabajo se emplean indistintamente las denominaciones autodeterminación informativa y protección de datos personales.

Derechos Fundamentales⁴. Por lo que se refiere a la primera cuestión, la Directiva se aprobó con base en el art. 95 TCE. La República de Irlanda interpuso recurso de nulidad ante el TJUE 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.

El TJUE confirmó la validez de la base jurídica escogida sobre la base de que la Directiva se limita «*en esencia a las actividades de los prestadores de servicios y no regulan el acceso a los datos ni la explotación por las autoridades policiales o judiciales de los Estados miembros*». De esta manera separó el almacenamiento de los datos, como actividad a llevar a cabo por operadores privados, del acceso a los mismos por parte de las autoridades policiales. Dado que la Directiva se limitaba al primero de dichos elementos, y que la disparidad de regulaciones podía afectar al funcionamiento del mercado interno, el art. 95 TCE era la base jurídica apropiada para aprobarla⁵.

Aunque la interpretación expansiva por parte del TJUE de las competencias de la UE sobre la aproximación de legislaciones relativas al mercado interior es altamente controvertida⁶, el punto más problemático de la Directiva de Retención de Datos es la afectación al secreto de las comunicaciones y la protección de datos personales.

La tramitación de la Directiva fue particularmente controvertida por su injerencia en los derechos. La necesidad de cumplir con las exigencias del art. 8 CEDH centró la discusión en el seno de los diversos órganos e instituciones que intervinieron⁷. De hecho el Supervisor Europeo de Protección de Datos y el Grupo de Trabajo del Artículo 29 fueron particularmente críticos con la propuesta. Sin embargo, fue rápidamente aprobada gracias al clima creado por los atentados de Julio del 2005 en Londres⁸.

Con su aprobación, la polémica sobre la posible injerencia en los derechos se trasladó a las leyes de transposición de la Directiva y, en consecuencia, a

⁴ En España se transpuso mediante la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones. Un comentario crítico a la misma en CUBERO MARCOS, J. I. y ABERASTURI GORRIÑO, U., «Reflexiones en torno a la protección de los datos personales en las comunicaciones electrónicas», *RVAP*, núm. 18, 2007, pp. 97 y ss.

⁵ STJUE de 10.2.2009, as. *Irlanda c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (C-301/06), párrafo 80. Sobre dicha sentencia, desde la perspectiva de las competencias de la UE, véase HERLIN-KARNELL, E., «Ireland v. Parliament and Council, Comment», *CMLRev*, vol 46 (5), 2009, pp. 1673 y ss.

⁶ HINOJOSA MARTINEZ, L. M., *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 51-55.

⁷ BIGNAMI, F., «Privacy and Law Enforcement in the European Union: The Data Retention Directive», *Chicago Journal of International Law*, 8 (2007), pp. 241- 253.

⁸ HIJMANS, H. y SCIROCCO, A., «Shortcomings in EU Data Protection in the Third and the Second Pillars. Can the Lisbon Treaty be expected to help?», *CMLRev*, 46, 2009, p. 1492.

los tribunales de los Estados⁹. En este sentido las leyes de transposición de la misma han sido declaradas nulas por vulnerar derechos fundamentales por los Tribunales Constitucionales de Rumania¹⁰ y la RFA. Además está pendiente de resolución el recurso planteado contra la ley de transposición de Hungría ante su Tribunal Constitucional. Por último, el Tribunal Supremo de Irlanda previsiblemente planteará cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de la Directiva con los derechos reconocidos en la CDFUE y en el CEDH¹¹.

De tal modo que, como consecuencia de la Directiva de Retención de Datos, se ha originado una sucesión de decisiones jurisprudenciales que no ha terminado. Sentencias que, mediante un proceso de deliberación colectiva, han de permitir la evolución gradual de las diversas jurisprudencias¹². El reto que afrontan los diferentes Tribunales no es baladí, ya que han de conseguir que la política antiterrorista europea respete los límites impuestos por los múltiples Derechos implicados.

Al respecto es particularmente importante la sentencia del TCF. Más allá de la influencia que dicho Tribunal pueda tener en el espacio europeo, en este caso confluyen dos líneas jurisprudenciales centrales. De un lado, el TCF ha desarrollado en los últimos años una jurisprudencia, calificada incluso de heroica¹³, que promueve la defensa de los derechos y fija límites a la actuación del poder público en la lucha antiterrorista. Paralelamente, mantiene una posición ambigua frente a la UE, ya que no bloquea en el fallo la construcción de un espacio constitucional europeo, pero en los fundamentos jurídicos mantiene la espada de Damocles sobre ella en el controvertido tema de la protección de los derechos¹⁴.

Para tener en cuenta todos los elementos que convergen en la sentencia del TCF acerca de la Directiva de Retención de Datos el presente trabajo analiza, en primer lugar, los antecedentes del caso. En segundo lugar, aborda la sentencia desde la perspectiva nacional, en otros términos, las consideraciones del TCF acerca de la Ley de Transposición bajo el prisma del secreto

⁹ Sobre la polémica suscitada en diversos Estados de la UE, tanto en sus Tribunales como en los órganos de carácter político, véase Konstandines, Th., «Wavering between centres of gravity: comment on Ireland v. Parliament and Council», *ELREV*, num. 35 (1), 2010.

¹⁰ El TC rumano consideró que la ley de transposición vulneraba el derecho a la intimidad personal y familiar, al secreto de las comunicaciones y la libertad de expresión tal y como están recogidos en la Constitución rumana y en el CEDH. En consecuencia, la declaró inconstitucional mediante sentencia de 8 de octubre de 2009. La sentencia puede consultarse en alemán en www.vorratsdatenspeicherung.de

¹¹ HUSTINX, P., «Data Protection for Law Enforcement after Lisbon», p. 10 [http:// www.edps.europa.eu/E_DPSWEB/edps/site/mySite/SA2010](http://www.edps.europa.eu/E_DPSWEB/edps/site/mySite/SA2010)

¹² TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 130.

¹³ POSCHER, R., «Menschenwürde und Kernbereich», *JZ*, 2009, p. 274.

¹⁴ CASPAR, J., «Nationale Grundrechtsgarantien und sekundäres Gemeinschaftsrecht», *DöV*, 2000, p. 370.

a las comunicaciones tal y como es garantizado por el art. 10 LFB. Al respecto se hará especial alusión a la jurisprudencia del TCF sobre los límites a la legislación antiterrorista relativa a la recopilación y tratamiento de información con fines policiales. En tercer lugar, el trabajo analiza la sentencia en el marco de la jurisprudencia del TCF más reciente relativa a su papel en la construcción de un espacio europeo de los derechos. El objetivo último es contribuir al estudio del papel que los Tribunales Constitucionales están desempeñando en la construcción de un espacio europeo de los derechos.

2. LA SENTENCIA DEL TCF DE 2 DE MARZO DE 2010

La Directiva de Retención de Datos suscitó resistencias en la RFA incluso antes de su aprobación¹⁵. No en vano, la sociedad alemana ha vivido sistemas de control absoluto de la vida cotidiana de los ciudadanos y desconfía de cualquier medida de vigilancia¹⁶. Pese a ello la Ley alemana de transposición de la Directiva, la Ley de Telecomunicaciones, permitía una mayor injerencia en los derechos que la norma europea. Conforme a la Ley de Telecomunicaciones los datos almacenados no sólo podían emplearse para prevenir, perseguir y enjuiciar delitos graves, sino también para aquellos que emplearan en su comisión las nuevas tecnologías, así como para prevenir amenazas a la seguridad pública. Mientras que la Directiva limita su alcance a la prevención y persecución de los delitos graves.

Por eso no es de extrañar que el 31 de noviembre del 2007 fuera interpuesto Recurso de Amparo ante el TCF contra la Ley de reforma de la ley de Telecomunicaciones, por la cual se transponía la Directiva de retención de datos. Los demandantes eran ocho particulares, representantes del Partido Liberal (FDP) y de Los Verdes (Bündnis 90/ Die Grünen), 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 presentó un segundo Recurso de Amparo por cerca de 34000 usuarios de estos servicios¹⁷.

Los demandantes solicitaron que se suspendiera la entrada en vigor de la norma hasta que se resolviera el amparo. El TCF satisfizo parcialmente dicha petición mediante Auto de 11 de marzo del 2008¹⁸, por el cual suspendía la posibilidad de acceso a los datos almacenados para prevenir o perseguir delitos que no fueran calificados de graves en el Código Penal o en

¹⁵ El Bundesrat sólo aceptó la norma cuando el Gobierno federal le informó de que las presiones de la RFA habían conseguido reducir el plazo mínimo de almacenamiento de datos de doce a seis meses LEUTHEUSSER, S., «Vorratsdatenspeicherung– Ein vorprogrammierter Verfassungskonflikt», *ZRP*, 2007, pp. 9 y ss.

¹⁶ VOGELGESANG, K., «Verfassungsregelungen und Datenschutz», *Computer und Recht*, 1995, pp. 554 y ss.

¹⁷ El contenido de estas demandas, así como abundante información sobre la Directiva y la norma alemana de transposición, se puede consultar en www.vorratsdatenspeicherung.de

¹⁸ Suspensión que ratificó en sendos autos de 22 de Abril y 15 de Octubre de 2009.

diversas Leyes penales especiales. Asimismo, tampoco cabía acceder a los datos para prevenir posibles amenazas a la seguridad pública. Suspendió, en consecuencia, la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva que preveía la Ley Federal¹⁹.

Tras la sentencia del TJUE en el Asunto Irlanda contra Comisión, los demandantes de amparo solicitaron al TCF que interpusiera una cuestión prejudicial ante el TJCE ya que, a su juicio, la Directiva vulneraba el art.8 CEDH. En caso de que no se interpusiera dicha cuestión, se hacían eco de la sentencia del TCF acerca del Tratado de Lisboa y pedían que la declarase inaplicable en Alemania por vulnerar la dignidad humana reconocida en el art. 1 LFB²⁰, parte irrenunciable de la identidad constitucional alemana.

Sin embargo, el TCF no siguió ninguno de estos caminos, sino que declaró inconstitucional la Ley de Transposición de la Directiva de Datos, por vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones. Ahora bien, el TCF no considera que el contenido de la Directiva vulnere el derecho, sino que el legislador alemán no ha configurado las garantías necesarias para que las medidas exigidas por la Directiva no supongan un menoscabo del secreto de las comunicaciones.

En esta sentencia convergen dos cuestiones cruciales para el constitucionalismo europeo. De una parte, en los últimos años la legislación antiterrorista ha afectado particularmente el alcance de diversos derechos, especialmente la protección de datos²¹. Frente a dicha normativa el TCF ha elaborado una jurisprudencia altamente novedosa y garante, que puede contribuir a fijar los límites que el derecho constitucional ha de imponer a la política antiterrorista²². De la otra, esta sentencia ayuda a concretar en qué consiste el papel del TCF como guardián último de la identidad constitucional alemana frente la UE. De hecho, tras la sentencia de Lisboa la temida «guerra de jueces» podía surgir tanto al hilo la Directiva de Retención de Datos como en el caso Honeywell. Dicho escenario, tras las sentencias del TCF 2 de marzo de 2010 y, especialmente, de 6 de Julio de 2010 es altamente improbable.

2.1. La dimensión nacional: las garantías del secreto de las comunicaciones en la Ley Fundamental de Bonn

La Ley de Telecomunicaciones otorgaba un generosísimo alcance a la retención de datos. Como ya se ha mencionado, preveía el almacenamiento indis-

¹⁹ Sobre dicho Auto GONZÁLEZ PASCUAL, M., «El Tribunal Constitucional Federal alemán ante la compatibilidad con los Derechos Fundamentales de la normativa nacional de origen europeo de prevención de delitos», *RDCE*, núm. 24, 2009, pp. 954-959.

²⁰ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010 Marginal 124.

²¹ RUDOLF, W., «Sicherheit und Grundrechte», en BRENNER, M., HUBER, P. und MÖSTL, P. (eds.), *Der Staat des Grundgesetzes-Kontinuität und Wandel*, Mohr Siebeck, 2004, p. 464.

²² Sobre dicha jurisprudencia GONZÁLEZ PASCUAL, M., «Seguridad y libertad en la legislación alemana del tratamiento policial de la información: la posición del Tribunal Constitucional Federal», *CDPb*, núm. 33, 2008.

criminado de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y telefónicas de todos los usuarios durante seis meses con el objeto de ponerlos a disposición de los cuerpos de seguridad, si los precisasen para la investigación y persecución de delitos graves. A los efectos de aplicar estas medidas, la ley consideraba graves no sólo los delitos calificados de tales por la legislación penal alemana, sino también aquellos que emplearan medios electrónicos para su comisión. Además, extendía la medida a la prevención de amenazas a la seguridad pública.

El TCF pone de relieve que el derecho al secreto de las comunicaciones garantiza la confidencialidad del contenido y de las circunstancias de una telecomunicación, especialmente las relativas a cuándo, entre quiénes y con qué frecuencia se ha producido. Esta protección no se limita al momento de la comunicación, sino que incluye cualquier posibilidad de acceso posterior a su contenido o circunstancias por parte del poder público²³, así como todo tratamiento de los datos relativos a la misma²⁴.

En consecuencia, las medidas de almacenamiento de datos previstas en la Ley de Telecomunicaciones suponían una injerencia en el espacio protegido del derecho por parte del poder público. Si bien los datos debían ser almacenados por sujetos privados, éstos carecían de poder de decisión, ya que la ley establecía dicha obligación con el objeto de que pudieran estar a disposición de los poderes públicos. El almacenamiento de datos era establecido de una manera incondicional por la ley que, en consecuencia, afectaba directamente al derecho.

Para fijar el impacto de la norma en el derecho, el TCF acude a su propia jurisprudencia acerca de los parámetros que concretan la cualidad e intensidad de las injerencias en el derecho al secreto de las comunicaciones. En este sentido es necesario tener en cuenta la información que puede verse comprometida, aisladamente considerada y puesta en común. Además, es determinante si el sujeto lleva a cabo alguna conducta que justifique el almacenamiento de datos o esta acción no deriva de la actividad concreta del particular. En el segundo caso cualquier individuo estaría sujeto a la medida sin poder evitarlo y se desconoce, incluso, el número de afectados en un futuro. Por último, es fundamental valorar qué actividades públicas pueden derivarse del tratamiento de los datos. En definitiva, no sólo es importante el almacenamiento y tratamiento de datos concreto si no también las acciones públicas subsiguientes²⁵.

²³ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010 Marginales 189-190.

²⁴ Al proteger el secreto de las comunicaciones las circunstancias en que se produce una comunicación, desde el origen hasta la utilización posterior de los datos obtenidos, el TCF descarta recurrir al derecho a la autodeterminación informativa, ya que es un derecho subsidiario en el sistema constitucional alemán que actúa ante la existencia de lagunas. Sobre el libre desarrollo de la personalidad en el sistema alemán, por todos, Scholz; R., «Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *AöR*, 1975.

²⁵ BVerfG, 1 BvR 2074/05 vom 11.3.2008. Marginales 75-80.

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 pueden derivarse²⁶. Conforme a dichos parámetros, la intensidad de la injerencia en los derechos provocada por la retención de datos era tan elevada que no había precedente similar en el sistema constitucional alemán²⁷.

La retención de datos afecta prácticamente a cualquier comunicación de todos los individuos. Aunque no se almacene el contenido de la información, la posibilidad de acceder y tratar las circunstancias relativas a comunicaciones telefónicas y electrónicas de los ciudadanos durante seis meses, permite reconstruir el perfil social e individual de un individuo. No sólo es posible conocer la pertenencia a asociaciones, o grupos de interés, sino también las tendencias, preferencias y debilidades íntimas de una persona. Además, cualquier persona puede tener que soportar medidas de investigación ulteriores simplemente porque le llame por teléfono un individuo sospechoso²⁸. Por último, el elevado número de empresas obligadas a conservar los datos aumenta el riesgo de un uso incorrecto de los mismos.

Una injerencia en el derecho de esta envergadura debe cumplir escrupulosamente con el principio de reserva de ley y de proporcionalidad. En este sentido, el TCF ha exigido un cumplimiento riguroso del principio de proporcionalidad en sentido estricto para aceptar medidas similares. Así, 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 persona²⁹. La valoración de esta serie de circunstancias permite comprobar si se ha llevado una adecuada ponderación entre el peligro que se pretende evitar y la injerencia en el derecho que se causa. El legislador no puede permitir una injerencia en el derecho antes de alcanzar un determinado nivel de sospecha o peligro del bien jurídico que se pretende proteger³⁰.

Si aplicamos estas exigencias a la Ley de Telecomunicaciones parece plausible afirmar que no las cumplía. De hecho, en directo desarrollo de la Directiva, aplicaba las medidas previstas a todos los ciudadanos, durante un plazo elevado, y sin un motivo específico que la justificara. Una medida difícil de

²⁶ BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Marginales 94-95.

²⁷ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 210.

²⁸ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginales 210-212.

²⁹ BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Marginal 251.

³⁰ BVerfG, 1 BvR 518/02 vom 4.4.2006. Marginal 137. Al respecto recuerda que una reunión sólo puede ser disuelta o prohibida cuando vayan a producirse de manera inmediata y altamente probable circunstancias que pongan en peligro bienes jurídicos dignos de protección. Y esta exigencia nace en el principio de proporcionalidad.

compatibilizar con la configuración de la autodeterminación informativa en el ordenamiento alemán³¹.

Ahora bien, el almacenamiento de los datos se lleva a cabo por diferentes operadores privados, mientras que el acceso y tratamiento de los mismos es potestad del poder público. Con base en dicha circunstancia, el TCF establece parámetros diferentes en función del sujeto, privado o público, que lleva a cabo la acción ya que la pluralidad de actores, privados y públicos, impone obligaciones diferentes al legislador. De manera que la exigencia de concretar el fin afecta sólo al acceso y posterior tratamiento de los datos por parte del poder público.

En consecuencia, puede ser constitucional un almacenamiento indiscriminado de datos relativos a las telecomunicaciones, siempre que se fijen con claridad las condiciones de acceso y tratamiento de los mismos³². Ahora bien, el legislador ha de exigir a los operadores las máximas condiciones de seguridad y respeto al derecho al secreto de las comunicaciones respecto del almacenamiento de datos.

Esta no exigencia de un fin determinado para el almacenamiento de los datos, es una decisión no sólo novedosa sino sorprendente que rompe con la jurisprudencia más reciente del TCF al respecto³³. Dicha jurisprudencia ha reconocido la importancia y necesidad del empleo de las últimas tecnologías en la prevención y persecución de hechos delictivos, pero exige un peligro real e inminente como premisa de una fuerte injerencia en los derechos, requisito que ha de proyectarse sobre cualquier intervención en el ejercicio y disfrute del derecho.

Al exigir que sólo se concrete el fin respecto del acceso y tratamiento de los datos, en principio cabe un almacenamiento indiscriminado de datos. Sin embargo, el acceso a los datos ha de tener lugar tan sólo cuando se trate de una sospecha fundada de la probable comisión de un delito grave o una amenaza a la seguridad pública. Si bien, aunque la determinación de los delitos graves corresponde al legislador democrático, no puede calificarse como tal a un delito por el medio empleado para su comisión. Ya que en dicho supuesto no hay un bien jurídico identificable que justifique la injerencia, no cumple con el principio de proporcionalidad. Por tanto, es inconstitucional usar como parámetro para determinar los supuestos de aplicación de la ley los medios empleados para la comisión de un delito, ya que lo determinante es el bien jurídico protegido³⁴.

Por lo que respecta al almacenamiento en sí de los datos, el poder público tiene la obligación de regularlo de manera adecuada al secreto de las comunicaciones, aunque sea efectuado por servidores privados. Esta obligación

³¹ GONZÁLEZ PASCUAL, M., «El Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 959.

³² BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 214.

³³ WESTPHAL, D., «Leitplanken für die Vorratsdatenspeicherung-Abrücken von Solange. Das Urteil des BVerfG vom 2.3.2010», *EuZW*, 2010, pp. 497-498.

³⁴ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginales 231-232.

es también una consecuencia del principio de proporcionalidad en sentido estricto³⁵, que cristaliza en un conjunto de medidas específicas que ha de tomar el legislador. Con independencia de que la Constitución no establezca detalladamente las medidas que deben tomarse, no puede regularse un almacenamiento indiscriminado de datos sin garantizar un estándar de seguridad especialmente elevado³⁶ que tome en cuenta el estado de la técnica.

Para respetar dicho estándar la ley debería haber previsto un almacenamiento separado de los diversos datos, un código de acceso criptográfico altamente complejo, un régimen de acceso a los archivos reforzado mediante un protocolo de seguridad y doble llave de apertura («*Two Person Integrity System*»). Además, debería haber garantizado la transparencia del uso de los datos, que sólo podría haberse exceptuado respetando el principio de proporcionalidad y previa decisión judicial. También debería haber requerido la intervención judicial para cualquier consulta o transferencia de los datos. Por último, tendría que haber establecido sanciones adecuadas en caso de infracción de cualquiera de las medidas de seguridad, transparencia y reserva jurisdiccional previstas.

Dado que la ley no establecía dichas medidas o eran insuficientes, vulneraba el principio de proporcionalidad³⁷ conllevando una injerencia inconstitucional en el derecho. En consecuencia el TCF declaró inconstitucionales todos los artículos que establecían la obligación de almacenar los datos, y ordenó destruir todos los datos que hubieran sido recopilados hasta entonces. Esta decisión suscitó una elevada controversia en el plano estrictamente nacional, por el alcance que le otorgaba al principio de proporcionalidad, y en el europeo, ya que anuló la Ley de transposición de la Directiva de Retención de Datos.

Por lo que respecta al principio de proporcionalidad, el TCF exige que la medida tenga como fin garantizar un bien jurídico concreto de rango elevado en el ordenamiento constitucional frente a un peligro casi certero. Esta construcción engarza con la jurisprudencia y doctrina alemana mayoritarias respecto del derecho a protección³⁸ y ha permitido al TCF mantener un estándar razonable de los derechos sin olvidar las demandas de la política antiterrorista. Mucho más controvertido resulta que del principio de proporcionalidad en sentido estricto se deriven medidas específicas que ha de tomar el legislador relativas a la seguridad y transparencia del proceso de almacenamiento, la reserva de jurisdicción e, incluso, las sanciones en caso de infracción de la norma.

Es evidente el TCF extrae del principio de proporcionalidad una serie de

³⁵ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 222.

³⁶ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 224.

³⁷ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 239.

³⁸ Al respecto, entre otros, ERICHSEN, H. U., «Grundrechtliche Schutzpflichten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *Jura*, 1997.

decisiones muy concretas que el legislador ha de tomar necesariamente si quiere que sea constitucional la transposición de la Directiva. La minuciosidad de estas medidas lleva al magistrado Schluckebier a aseverar en su voto particular que el TCF está ocupando el lugar del legislador democrático al dictarle la norma que debe aprobar³⁹.

El uso desmesurado del principio de proporcionalidad por parte del TCF ha sido criticado de manera mayoritaria por la doctrina⁴⁰. Las críticas que ha recibido este empleo del principio de proporcionalidad podrían resumirse en aumento de la inseguridad jurídica, de la imprevisibilidad, llegando incluso a la arbitrariedad en casos límites, y sustitución del legislador por el Tribunal Constitucional⁴¹. En este supuesto concreto cabe afirmar que el TCF entra en el espacio de decisión del legislador, ya que no sólo afirma que la injerencia prevista necesita garantías adicionales, sino que establece cuáles han de ser exactamente esas garantías.

De esta manera el legislador democrático alemán se encuentra entre la norma de la UE y la sentencia sin margen de actuación⁴². Ciertamente el TCF no puede permanecer ajeno al hecho de que muchas normas, en principio exclusivas del ordenamiento alemán, son trasunto de decisiones comunitarias⁴³. Sin embargo, con cierta frecuencia se acusa al TCF de decidir como si el derecho de la UE y el derecho alemán fueran dos círculos tangentes.

Este intento de resolver los casos al margen del Derecho de la UE, se habría reiterado en este caso. Frente a la petición de plantear una cuestión prejudicial, el TCF responde que sólo cabría si estuviese en cuestión la interpretación o aplicación del Derecho de la UE. De manera que para plantear dicha cuestión prejudicial debería estar en juego la eficacia de la Directiva o plantearse su primacía frente a los derechos fundamentales reconocidos en la LFB. Sin embargo, la Directiva dejaba espacio suficiente al legislador alemán para transponer la norma sin vulnerar los derechos reconocidos en la LFB⁴⁴.

Como la doctrina había pronosticado, el TCF habría dictado sentencia intentando aislar el ordenamiento alemán del Derecho de la UE⁴⁵. Impone

³⁹ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginales 326-327.

⁴⁰ MÖLLERS, Ch., «Wandel der Grundrechtsjudikatur – Eine Analyse der Rechtsprechung des Ersten Senats des BVerfG», *NJW*, 2005, p. 1973.

⁴¹ OSSENBÜHL, «Abwägung im Verfassungsrecht», en Erbguth, W. (ed.), *Abwägung im Recht*, Carl Heymanns, Colonia, 1996, *op. cit.*, p. 33.

⁴² WOLFF, H.A., «Vorratsdatenspeicherung-Der Gesetzgeber gefangen zwischen Europarecht und Verfassung?», *NVwZ*, 2010, p. 752.

⁴³ OSSENBÜHL, F., «Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung», en BADURA, E. und DREIER H. (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Erster Band*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, p. 38.

⁴⁴ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 1.3.2010. Marginales 185-186.

⁴⁵ GITTER, R. y SCHNABEL, Ch., «Die Richtlinie zur Vorratsspeicherung und ihre Umsetzung in das nationale Recht», *MMR*, 2007, p. 414; GOLA, P.; KLUG, Ch. y REIF, Y., «Datenschutz – und presserechtliche Bewertung der Vorratsdatenspeicherung», *NJW*, 2007, p. 2601; Leutheusser, S., *op. cit.*, p. 13.

obligaciones al legislador alemán, limitando el escaso margen otorgado por la Directiva, y anula la ley de transposición sin otorgar siquiera un plazo al legislador para evitar la vulneración de las obligaciones europeas de la RFA⁴⁶. Sin embargo, esta conclusión podría ser precipitada ya que es preciso valorar la sentencia del TCF a la luz de la normativa y jurisprudencia europea sobre la retención de datos.

2.2. La dimensión europea de la Ley de Telecomunicaciones

El TCF no ha sido ajeno al proceso europeo ni a las decisiones del TJUE, pero ha buscado un «modus vivendi» aceptable que le permita fijar una reserva constitucional a dicho proceso sin entorpecerlo⁴⁷. La cascada de sentencias del TCF acerca del papel que en el marco de la integración europea ha jugado y el del que, a su juicio, ha de cumplir el TJUE es harto conocida⁴⁸. A los efectos de este trabajo basta con recordar que la construcción del TCF respecto de los derechos en la UE hace poco probable que pueda prosperar en Alemania una demanda de amparo o un proceso de inconstitucionalidad por violación de un Derecho Fundamental por parte de una norma o acto de la UE. Ya que no cabe alegar que el Derecho de la UE ha vulnerado un Derecho Fundamental reconocido en la LFB, a no ser que el ordenamiento de la UE, incluyendo la propia jurisprudencia del TJUE, reduzca el estándar imprescindible de los derechos fundamentales. Por tanto, la demanda debe fundamentar que la protección básica e irrenunciable de los derechos fundamentales no se garantiza por la UE⁴⁹.

En el supuesto del derecho originario o los reglamentos es evidente que no son actos de las autoridades alemanas y se sitúan, en principio, fuera del alcance del TCF. Sin embargo, es diferente el supuesto si las autoridades alemanas tienen un espacio de decisión susceptible de ser concretizado en una norma nacional. En este segundo caso, esa intervención del legislador nacional queda sometida a las potestades del TCF. Es el supuesto de las normas que transponen Directivas o Decisiones Marco⁵⁰.

El TCF ha reclamado su competencia para controlar la adecuación de la norma a la Constitución únicamente en el espacio de libre determinación del legislador nacional⁵¹. No deben medirse conforme a la Ley Fundamental aquellas normas internas que sean transposición de una Directiva. Ahora bien, aquellos preceptos que sean concretización libre del legislador alemán

⁴⁶ Voto particular del Magistrado Schluckebier BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 336.

⁴⁷ SOMMERMANN, K. P., «Offene Staatlichkeit Deutschland», en Bogdandy, A. (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band II*, C. F. Müller, München, 2008, p. 15.

⁴⁸ Entre otros PAPIER, H., «Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa-die Sicht des Bundesverfassungsgerichts», *ZSR*, 2005, pp. 113 y ss.

⁴⁹ BVerfGE 102, 147 (163).

⁵⁰ MASING, J., «Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten», *NJW*, 2006, p. 265.

⁵¹ Auto de 12.05.1989, *NJW*, 1990, p. 974.

o cuyo alcance sea mayor que el estrictamente fijado en la Directiva han de ser valorados conforme a los derechos fundamentales tal y como se reconocen en la LFB⁵².

Posiblemente la sentencia más conocida sea la relativa a la Orden de Detención Europea. Esta sentencia fue duramente criticada por analizar la violación en el derecho, sin tomar en consideración que traía causa de la integración europea y, por tanto, obedecía en última instancia a una decisión estructural de la Constitución⁵³. Mucho más criticado aún fue que afirmase que las Decisiones Marco carecían de toda eficacia directa sin citar siquiera la sentencia Pupino⁵⁴. En definitiva, al decidir como si el Derecho de la UE no existiera, dejó sin respuesta los interrogantes fundamentales que el caso había planteado en la doctrina⁵⁵.

Sin embargo, la sentencia sobre la Directiva de Retención de Datos sólo sigue aparentemente dicho camino. En este sentido, aunque recuerde que no caben demandas de amparo dirigidas contra el contenido de las Directivas vinculante para la RFA, paralelamente admite el recurso contra dicho contenido⁵⁶. En consecuencia analiza la compatibilidad de la Directiva con la Ley Fundamental de Bonn concluyendo que, en la medida en que cabía una transposición constitucional, no era preciso plantear una cuestión prejudicial⁵⁷. De esta manera, zanja cualquier discusión futura sobre la adecuación de la Directiva al sistema de derechos alemán confiriendo una notable seguridad a particulares afectados y a los operadores jurídicos⁵⁸. Carecerán, por tanto, de sentido hipotéticas controversias futuras acerca de la compatibilidad de medidas europeas similares con el estándar de los derechos garantizados por la TCF.

Ahora bien, esta sentencia supone una clara ruptura con la jurisprudencia anterior del TCF relativa a la autodeterminación informativa. De haberse aplicado los parámetros desarrollados en casos anteriores la conclusión más probable habría sido la inconstitucionalidad por permitir un almacenamiento indiscriminado, de amplio alcance y sin fin específico. Esta decisión habría declarado inconstitucionales apartados de la Ley impuestos por la Directiva, por eso la solución más adecuada habría sido plantear una cues-

⁵² Sobre esta jurisprudencia, por todos, AUGSBERG, S., «Von der Solange-zur Soweit-Rechtsprechung. Zum Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei richtlinienumsetzenden Gesetzen», *DöV*, 2010, pp. 153 y ss.

⁵³ TOMUSCHAT, Ch., «Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl», *EuGRZ*, 2005, p. 455.

⁵⁴ MERLI, F., «Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgericht, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte», *VVDStRL*, 66, 2007, p. 417.

⁵⁵ MASING, *op. cit.*, p. 264.

⁵⁶ SACHS, M., «Grundrechte: Fernmeldegeheimnis», *Jus*, 2010, p. 748.

⁵⁷ BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.3.2010. Marginal 182.

⁵⁸ Westphal, D., *op. cit.*, p. 498.

ción prejudicial⁵⁹. No debe olvidarse que la jurisprudencia del TCF sobre autodeterminación informativa es seguida y admirada por las garantías que ha construido, así como por la ampliación de su alcance ante los avances tecnológicos⁶⁰. Plantear una cuestión prejudicial le habría permitido colaborar directamente en la creación de un espacio europeo de derechos, mediante el diálogo con el TJUE.

De hecho la principal crítica que ha recibido la sentencia es el abandono por el TCF de su jurisprudencia sobre autodeterminación informativa y secreto de las comunicaciones. Ya que la retención de datos implica una injerencia en los derechos mucho mayor que las previstas en normas nacionales que fueron declaradas inconstitucionales⁶¹. Este cambio en la interpretación del derecho podría traer causa en la negativa implícita del TCF a plantear una cuestión prejudicial⁶², negativa que muchos consideran tan sólo una cuestión de orgullo⁶³.

Además, persiste en una comprensión de la cuestión prejudicial en clave estrictamente nacional, como muestra su afirmación de que, siendo factible una transposición constitucional, no es preciso acudir al TJUE. Esta interpretación se mantiene en la línea del TCF que, si bien ha conseguido impulsar el planteamiento de la cuestión prejudicial por los tribunales ordinarios⁶⁴, mantiene una interpretación del sentido y requisitos de la cuestión prejudicial diferente de la elaborada por el TJUE⁶⁵.

Desde esta perspectiva el TCF no habría tomado la decisión más favorable para los derechos, ya que renuncia a su propio nivel de exigencia sin darle la oportunidad al TJUE de expulsar del ordenamiento de la UE una norma que vulnera potencialmente diferentes derechos fundamentales. Asimismo, su decisión conlleva que la RFA incumpla sus compromisos europeos, ya que declara nula la ley de transposición. Y esta cadena de dislates se ampara

⁵⁹ GONZÁLEZ PASCUAL, M. I., «El Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 961.

⁶⁰ Es el caso del derecho a la confidencialidad e integridad de los sistemas informáticos reconocido en la sentencia sobre la «investigación online» BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008. Al respecto GONZÁLEZ PASCUAL, M., «Seguridad y libertad», *op. cit.*, pp. 182 y ss.

⁶¹ WESTPHAL, D., *op. cit.*, p. 496.

⁶² WOLFF, H. A., *op. cit.*, p. 751.

⁶³ 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

⁶⁴ De hecho, paradójicamente, el conflicto surge normalmente al hilo de los recursos de amparo frente a las leyes, ya que el TCF ha impulsado el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los Tribunales ordinarios, pero no se ha aplicado dicho parámetro a sí mismo.

⁶⁵ Sobre la interpretación del TCF acerca de la obligación de plantear una cuestión prejudicial desde la perspectiva del derecho al juez predeterminado por la ley, véase, *in totum* FASTENRATH, U., «Der Europäische Gerichtshof als gesetzlicher Richter», en AA VV, *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. FS für G. Ress zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns, Köln, 2005.

en una interpretación excesiva y errónea del principio de proporcionalidad con el único objetivo de no colaborar con el TJUE.

Sin embargo, esta visión tan crítica de la sentencia se basa en una lectura literal y en clave estrictamente nacional que no toma en consideración los antecedentes de la Directiva de Retención de Datos. De hecho, cabe defender que el TCF intenta participar con esta sentencia en el proceso de constitucionalización del Derecho de la UE, aportando soluciones dogmáticas sólidas y detectando problemas⁶⁶. Si bien no lo hace de manera explícita y es dudoso que escogiera el camino más adecuado para la protección de los derechos.

Es preciso recordar que la cuestionada separación entre el momento de almacenamiento de los datos y el acceso y empleo de los mismos, enlaza con la jurisprudencia del TJUE. De hecho, en la citada sentencia Irlanda contra Consejo, se acepta la aprobación de la Directiva de Retención de Datos sobre la base del art. 95 TCE porque sólo se regulaba el almacenamiento de los datos por parte de los operadores privados. De la sentencia del TJUE se deduce que su decisión habría sido otra si la Directiva hubiera regulado también el acceso por parte de los poderes públicos⁶⁷.

La sentencia del TCF emplea esa misma separación para considerar constitucionales los contenidos de la Ley impuestos por la Directiva integrando en su jurisprudencia la interpretación del TJUE. De hecho la norma es declarada inconstitucional porque no lleva a cabo una compensación, es decir, la elevada injerencia en el derecho no se acompaña de un refuerzo de las garantías.

No corresponde a un Tribunal decidir sobre la oportunidad de una medida antiterrorista, aunque pueda dudar de su eficacia última, esta no es un parámetro válido en sede jurisdiccional. Sin embargo, ha de aportar los medios precisos para que las decisiones que el legislador considere necesarias, respeten los derechos. Ante la tensión entre la libertad y la seguridad que la legislación antiterrorista comporta, el equilibrio puede encontrarse por la vía de la compensación. Una disposición que impacta en los derechos, debe ser contrarrestada en idéntica medida por un adecuado sistema de garantías.

En este sentido, la sentencia del TCF enfatiza la transparencia e información de los ciudadanos, la intervención judicial, la seguridad en el almacenamiento de los datos, y el control mediante medidas que dificultan el acceso a los datos y sancionan adecuadamente cualquier incumplimiento. De hecho el Supervisor Europeo de Datos Personales aconsejaba en su informe que, si la medida se consideraba realmente precisa, la Directiva incluyera

⁶⁶ PÉREZ TREMPES, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *REDE*, núm. 29, 2009, p. 48.

⁶⁷ STJUE de 10.2.2009, as. *Irlanda c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, cit., párrafo 83.

salvaguardas adicionales de los derechos⁶⁸. Ya que temía que los Estados no adoptaran todas las garantías precisas ante un supuesto como el previsto por la Directiva. Esta carencia de la norma es colmada en el caso alemán por la sentencia del TCF, apoyándose para ello en el principio de proporcionalidad⁶⁹. De manera que la sentencia del TCF incide en las debilidades de la propia Directiva en estrecha conexión con las decisiones y recomendaciones tomadas por los órganos e instituciones de la UE, contribuyendo en las discusiones que la norma está generando⁷⁰, así como en su posible revisión⁷¹.

De hecho es muy evidente que en la sentencia del TCF subyace una clara desconfianza hacia la Directiva de Retención de Datos. Así, es particularmente significativo que retome la idea de la identidad constitucional elaborada en la sentencia de Lisboa. Al respecto asegura que la Directiva roza el límite de lo constitucionalmente admisible. De manera que al legislador, siquiera sea por medio de la UE, apenas le queda espacio para medidas similares a la retención de datos sin vulnerar la identidad constitucional alemana⁷². Esta afirmación parece una clara advertencia del TCF que toma partido en el debate actual sobre la necesaria protección de los datos personales en la UE⁷³, reclamando una reflexión profunda sobre los límites que este derecho impone a la normativa.

En este sentido, cabría pensar que el TCF ha modificado sus parámetros para aproximarlos a los elaborados por el TJUE. Ante la complejidad creciente del sistema europeo de derechos es necesaria una correcta integración de las jurisprudencias mediante la convergencia de los parámetros interpretativos más garantes. Obviamente nadie pretende que los Tribunales Constitucionales pierdan su función de guardián de los derechos fundamentales, pero tampoco es su labor controlar cada decisión que toma el TJUE o el TEDH⁷⁴. Sin embargo la actitud beligerante del TCF puede tener una repercusión positiva, en ocasiones, si fuerza al TJUE a llevar a cabo una labor de defensa de los derechos más activa o le obliga replantearse una

⁶⁸ Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la retención de los datos procesados en conexión con la prestación de servicios públicos de comunicación electrónica y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE [COM(2005) 438 final], considerando 58.

⁶⁹ También en este punto sigue el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos, ya que pedía, para no vulnerar el principio de proporcionalidad, «*que la norma contenga medidas de seguridad adecuadas, a fin de limitar el acceso y el uso posterior, garantizar la seguridad de los datos y asegurarse de que las propias personas a las que se refieren los datos puedan ejercer sus derechos*». Dictamen del Supervisor Europeo, *op. cit.*, considerando 27.

⁷⁰ HUXTINX, P., *op. cit.*, p. 11.

⁷¹ Revisión que el propio Art. 14 de la Directiva prevé.

⁷² BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2.03.2010. Marginal 219.

⁷³ MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Artículo 8. Protección de Datos Personales», en MANGAS MARTIN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008, p. 234.

⁷⁴ HIRSCH, G., «Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht», *NJW*, 2000, p. 1822.

jurisprudencia que no tiene por qué ser siempre la más acertada. En este sentido, cabe hablar de que en realidad existe un dialogo implícito entre dichos Tribunales⁷⁵.

Por eso, aunque esta sentencia posiblemente tiene una orientación claramente europeísta, ya que intenta facilitar la integración de los sistemas mediante la renuncia a parámetros nacionales, quizá en este supuesto no era la decisión más adecuada.

La jurisprudencia del TCF sobre autodeterminación informativa, secreto de las comunicaciones, y potestades policiales otorga un elevado nivel de garantías. Sin embargo, la división entre el almacenamiento de los datos y el acceso a los mismos, es discutible y puede parecer artificial, no siendo satisfactoria⁷⁶. Ahora bien, el propio Supervisor Europeo de Protección de Datos la justificó por el mayor nivel de garantías de los derechos que otorgaba aprobar la Directiva con base en el art. 95 TCE, porque de este modo eran de aplicación las normas de Derecho comunitario sobre protección de datos personales⁷⁷. En último término, por tanto, la sentencia del TJUE traía causa de los términos en que plantea la demanda Irlanda, así como de la estructura de la propia UE. El fin último de admitir esta separación entre el almacenamiento y el acceso a los datos habría sido conferir más garantías a los derechos, aunque puede haber tenido a largo plazo el efecto perverso de crear un parámetro nuevo que reduce el alcance del derecho que pretendía proteger.

Esta separación no toma en consideración que la información se recopila por operadores privados, pero sólo para que estén a disposición de futuras investigaciones policiales y judiciales⁷⁸. Cuando el TCF acepta esta separación obvia su propia doctrina conforme a la cual es determinante el fin y las medidas que se derivan del almacenamiento de datos para determinar la constitucionalidad de la injerencia.

Planteada la cuestión prejudicial desde la protección de los Derechos Fundamentales, la decisión del TJUE podría cambiar y conferir una mayor protección al derecho. Y como el propio TCF ha reconocido, si la Justicia Constitucional afirma que no tiene potestad para velar por la protección de los derechos de los ciudadanos frente a actos provenientes de la UE, pero al TJUE no se le brinda la ocasión de conocer de las posibles vulneraciones de los derechos, el ciudadano está inerme⁷⁹. El no planteamiento de una cuestión prejudicial implica que los Tribunales Constitucionales no asuman

⁷⁵ BERGMANN, J., «Das Bundesverfassungsgericht im Europa», *EuGRZ*, 2004, p. 627.

⁷⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot, presentadas el 14.10.2008, as. *Irlanda c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea* (C-301/ 06), párrafo 108.

⁷⁷ Esta es la postura del Supervisor Europeo de Protección de datos frente a la petición de Irlanda. STJUE de 10.2.2009, as. *Irlanda c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, cit., párrafo 55.

⁷⁸ HIJMANS, H. y SCIROCCO, A., *op. cit.*, p. 1506.

⁷⁹ Sentencia de 9.1.2001. (1 BvR 1036/ 99). *EuZW* 2001, p. 256 (255).

completamente su responsabilidad de defender los derechos. Ya que, si existe la duda acerca de una posible vulneración de los derechos y el TCF considera que el órgano competente es el TJUE, debe llevar el caso ante el mismo.

Por ello es de esperar que la Corte Suprema de Irlanda finalmente plantee una cuestión prejudicial ante el TJUE acerca de la posible vulneración de la CDFUE y del CEDH. Dado que es el propio contenido obligatorio de la Directiva el que se cuestiona, la competencia para decidir le corresponde indudablemente al TJUE⁸⁰. Este recurso le puede dar al TJUE la oportunidad de modificar o matizar su doctrina. Lógicamente no cabe descartar un escenario en el que se mantenga la jurisprudencia y la Directiva sea declarada conforme a los derechos, a pesar de las claras reticencias que está despertando en los Tribunales y en la doctrina. Aunque es preciso recordar que la permeabilidad de las jurisprudencias y doctrinas debe ser un principio guía en la actuación de todos los actores implicados en la creación del constitucionalismo europeo, incluido el TJUE.

3. EL PAPEL DEL TCF EN EL ESPACIO EUROPEO DE LOS DERECHOS

La Directiva de Retención de Datos supone un caso paradigmático de los retos que afrontan los operadores jurídicos en el espacio europeo. Aprobada como respuesta a unos hechos trágicos y extremos, se enmarca en la siempre controvertida legislación antiterrorista. Su aprobación ha suscitado múltiples decisiones, discusiones y trabajos tanto en la UE como en los Estados miembros, dando lugar a una confluencia de parámetros interpretativos y propuestas que deberían servir para encontrar el punto de equilibrio entre la necesidad de una legislación antiterrorista y la protección de los derechos.

En este debate uno de los actores es el TCF. Su posición ha sido optar por una solución armónica resultado que, por otra parte, es el habitual en el constitucionalismo europeo aunque surjan con cierta frecuencia fricciones inevitables⁸¹. Esta decisión del TCF es importante ya que en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa afirmó que la transferencia de derechos soberanos a la UE está condicionada a la conservación de la soberanía constitucional, que cristaliza básicamente en el principio de atribución de competencias a la UE y el respeto a la identidad constitucional de los Estados

⁸⁰ Más complejo sería el alcance de la CDFUE respecto de los preceptos que no son directa aplicación de la Directiva. Al respecto ALONSO GARCÍA, R., «Las cláusulas horizontales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en GARCIA DE ENTERRIA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (dirs.), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 152 y ss.

⁸¹ BUSTOS GISBERT, R., *La Constitución Red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, IVAP, Oñati, 2005, p. 201.

miembros⁸². Llegado el caso, el TCF estaría legitimado para comprobar que estos principios son garantizados⁸³. La sentencia sobre la Directiva de Retención de Datos elude el conflicto mediante el cambio de sus criterios, para adecuarlos a las directrices del TJUE, y desplazando la carga de proteger el derecho sobre el legislador alemán.

Sin embargo reitera su advertencia acerca del necesario respeto a la identidad constitucional de la RFA. Esta referencia a la identidad constitucional ha sido concretizada por la sentencia de 6 de Julio de 2010, a propósito del «caso Honeywell»⁸⁴. En ella el TCF no sólo constriñe su potestad para declarar inaplicable un acto de la UE, sino que apuesta de manera decidida e inédita en la jurisprudencia del TCF por la cooperación con el TJUE. Esta decisión crucial ha sido adoptada por la Sala II del TCF, hecho que le confiere aún más importancia⁸⁵.

El TCF afirma su competencia para determinar la no aplicación de las decisiones de órganos e instituciones de la UE que excedan de manera visible las competencias atribuidas a los mismos o que, como consecuencia de un exceso competencial, entren de un modo inadmisibles en la identidad constitucional⁸⁶. De esta manera, mantiene su posición como último guardián pero disminuye radicalmente la posibilidad de conflicto al exigir que el exceso competencial sea «visible» o vulnere la identidad constitucional de manera «inadmisibles». Para concretar dichos términos el TCF acude a la propia jurisprudencia del TJUE en materia de responsabilidad extracontractual

⁸² BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009. Marginal 226.

⁸³ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009. Marginal 235.

⁸⁴ La sentencia trae causa del recurso de amparo interpuesto por la empresa Honeywell contra una sentencia del Bundesarbeitsgericht. Dicha sentencia, con cita expresa de la Sentencia Mangold, (STJUE de 22.11.2005, as. *Mangold*, C-144-94), acepta el recurso de un trabajador, que consideraba discriminatorio una duración del contrato inferior a dos años por haber cumplido los 52 años. Aunque el recurso de amparo formalmente se planteaba contra la sentencia del Tribunal Supremo por violación del libre desarrollo de la personalidad, el objeto era la decisión del TJUE de considerar la discriminación por razón de la edad un principio general del Derecho de la UE. Sobre dicho conflicto *in totum* Gerken, L.; Rieble, V.; Roth, G.; STEIN, T. y STREINZ, R., *Mangold als ausbrechender Rechtsakt*, Sellier European Law Publisher, München, 2009.

⁸⁵ En el TCF hay una clara diferencia en la interpretación de los derechos entre la Sala I y la Sala II. La Sala I, haciéndose eco de múltiples críticas en el seno de la propia doctrina alemana, ha intentando en los últimos años desarrollar criterios interpretativos que permitan la apertura del sistema de derechos de la LFB a diversos actores, tanto nacionales como supra e internacionales. Para ello promueve un menor recurso al principio de proporcionalidad, definiendo de manera más acotada el contenido garantizado de los derechos. Mientras la Sala II se mantiene fiel a los parámetros tradicionales derivados la *Drei Stufen Lehre*, enfatizando el empleo del principio de proporcionalidad. Tras estos criterios late, en realidad, la concepción que cada una de las Salas tiene sobre el papel que el TCF debe jugar en la configuración y defensa de los derechos, también en la UE. De hecho la sentencia de Lisboa fue adoptada por la Sala II Sobre las propuestas interpretativas de la Sala I, HOFFMANN-RIEM, W., «Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?», en AA VV, *Haben wir wirklich Recht?*, Nomos, Baden, 2004.

⁸⁶ BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010. Marginal 55.

de los órganos de la UE⁸⁷, de manera que habrá de ser una actuación caracterizada por la «*inobservancia manifiesta y grave por parte de la institución comunitaria de los límites impuesto a su facultad de apreciación*»⁸⁸.

Siendo esta matización de elevado interés, aún más importante es la exigencia de que este control de los actos *ultra-vires* se ejerza de manera «pro-europea». La UE es una comunidad jurídica vinculada al principio de atribución y a los derechos fundamentales, que toma en consideración la identidad constitucional de los Estados Miembros. Asimismo, el ordenamiento jurídico alemán exige que se reconozca y garantice la primacía del Derecho de la UE. Ambos factores fuerzan a buscar un control *ultra vires* que sólo pueda ejercerse de manera contenida y pro-europea. El camino para ello es la cooperación con el TJUE⁸⁹.

En consecuencia, antes de declarar un acto de la UE no aplicable en la RFA, el TCF está obligado a plantear cuestión prejudicial acerca de la interpretación de los Tratados o sobre la validez o interpretación del acto en cuestión. Mientras el TJUE no tenga la oportunidad de pronunciarse sobre las cuestiones europeas que una norma o acto de la UE suscite, el TCF no podrá decidir su inaplicación⁹⁰.

El TCF reconoce, además, que el TJUE no sólo garantiza el respeto a los Tratados sino que desempeña una labor de construcción y perfeccionamiento del Derecho de la UE. Si bien esta labor del TJUE debe respetar el principio de atribución y, por tanto, no puede significar la creación de competencias no previstas en los Tratados⁹¹. Este límite no sólo opera en ámbitos relativos a la identidad constitucional de los Estados o que de manera especial hayan de decidirse mediante un proceso democrático dentro de los Estados⁹².

Por tanto, el TCF mantiene su capacidad de controlar en última instancia una norma o actuación comunitaria, siempre que se haya producido una exlimitación palmaria por parte de los órganos e instituciones de la UE o vulnere de un modo intolerable la identidad constitucional alemana. Ahora bien, ha de plantear una cuestión prejudicial antes de decidir la inaplicación unilateral de la norma de la UE, de manera que sigue siendo el guardián último pero previa colaboración con el TJUE. Además, dentro de las exlimitaciones competenciales, no cabe incluir cualquier evolución de la jurisprudencia supranacional, sino sólo aquella que incumpla el principio

⁸⁷ BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010. Marginal 60.

⁸⁸ STJUE de 10.7.2003, as. *Fresh Marine* (C-472/00), parágrafo 26.

⁸⁹ BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010. Marginal 59.

⁹⁰ BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010. Marginal 61.

⁹¹ En este sentido el TCF considera que la sentencia *Mangold* no fue un acto *ultra vires* porque la decisión del TJUE traía causa del Derecho derivado de la UE, en concreto en la Directiva 2000/78/CE, norma que había sido aprobada por el Consejo de la UE, en el que participa el representante de la RFA, y que había abierto un espacio a colmar por la jurisprudencia. 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010. Marginal 79.

⁹² BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010. Marginales 64-65.

de atribución. En definitiva no le corresponde al TCF reemplazar la jurisprudencia del TJUE en cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la UE porque sea plausible otra interpretación jurídica⁹³.

Esta sentencia inaugura una jurisprudencia en el tema de las competencias de la UE que reduce fuertemente la posibilidad de conflicto. El TCF se muestra receptivo a las exigencias derivadas de la integración europea y se hace eco de las propuestas doctrinales más europeístas. Con esta decisión la Sala II del TCF podría estar inaugurando un giro copernicano en su jurisprudencia al definir sus competencias en el marco de un Derecho Constitucional Europeo y apostar por una colaboración no sólo directa, sino también hermenéutica en cuanto interpreta la Constitución nacional conforme al Derecho de la UE⁹⁴.

Precisamente esta decisión del TCF refuerza la lectura europeísta de su sentencia sobre la transposición de la Directiva de Retención de Datos. Lejos de tener como único objetivo evitar la relación con el TJUE, haciendo dejación de su obligación de salvaguardar los derechos, el TCF ha aceptado implícitamente la jurisprudencia del TJUE. Paralelamente, haciéndose eco de las advertencias de la doctrina y de órganos de la propia UE, ha impuesto al legislador alemán la carga de compensar adecuadamente la injerencia en el derecho para evitar su vulneración.

Esta posición del TCF de coordinación e integración de las exigencias y propuestas europeas debe ser valorada positivamente, ya que las sentencias del TCF que afectan a las líneas jurisprudenciales del TJUE, y del TEDH, tienen consecuencias tanto en el plano interno como externo. En el ámbito interno, el correcto cumplimiento por parte de los poderes públicos alemanes de las decisiones provenientes del TJUE y del TEDH depende, en gran medida, de la aceptación de las mismas por parte del TCF. No sólo por la influencia innegable que tiene sobre el conjunto de los poderes públicos alemanes, sino por la situación en la que podría colocar a los particulares⁹⁵. En el ámbito externo, una actitud beligerante del TCF podría utilizarse para justificar incumplimientos por parte de otros Tribunales o poderes públicos cuestionando la legitimidad del TJUE o del TEDH⁹⁶ y, en gran medida, la suya propia.

Sin embargo, aunque la asunción de criterios interpretativos foráneos pueda ser el mejor camino para evitar la incertidumbre, la Justicia Constitucional también tiene un papel que cumplir como guardián de los derechos. Por eso, es razonable un cambio de línea jurisprudencial o la aceptación pacífica de sentencias con una concepción diferente cuando no suponga un menos-

⁹³ BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010. Marginal 66.

⁹⁴ PEREZ TREMP, P., *op. cit.*, p. 37.

⁹⁵ JAEGER, R., «Menschenrechtsschutz im Herzen Europas», *EuGRZ*, 2005, p. 195.

⁹⁶ HOFFMANN-RIEM, W., «Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgericht, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte», *VVDStRL*, 66, 2007, p. 435.

cabo en el disfrute de los derechos. Este sería el camino seguido por el TCF en la sentencia Carolina II, cuando acepta que los Tribunales ordinarios sigan su jurisprudencia o la del TEDH respecto del conflicto entre la libertad de información y la protección a la intimidad y propia imagen⁹⁷. Los supuestos de conflicto entre derechos son el campo adecuado para la doctrina del «estándar mínimo de protección». Sin embargo, en la Directiva de Protección de Datos la cuestión es cómo entender el derecho frente a las potestades policiales. En este segundo caso debe apostarse por el sistema que más garantías ofrezca al ciudadano⁹⁸.

Trasladadas estas consideraciones a la Retención de Datos, la jurisprudencia del TCF fijaba un elevado estándar de garantía del derecho frente a las potestades públicas que, mediante la cuestión prejudicial, podría haber intentando mantener. Además, es posible que la Directiva haya reducido el estándar garantizado por el art. 8 del CEDH⁹⁹, en contra incluso del propio art. 52.3 CDFUE¹⁰⁰. De haber tenido éxito, la decisión del TJUE habría conllevado una mayor protección del derecho en la RFA y en el conjunto de la UE.

No cabe, por tanto, compartir las críticas que califican a esta sentencia de otra muestra de la cerrazón de Karlsruhe frente al TJUE. De hecho, el TCF acepta de manera pacífica y absoluta la jurisprudencia del TJUE, renunciando para ello a sus propias construcciones jurisprudenciales y busca proteger el derecho siguiendo el camino trazado por los informes elaborados en el seno de la UE. Asimismo, de cara a futuras regulaciones, le recuerda al legislador nacional y europeo, que las medidas de vigilancia están empezando a llegar muy lejos y podrán ser declaradas inconstitucionales o, incluso, inaplicables en la RFA. Si bien, tras la sentencia Honeywell, esta inaplicación no tendrá lugar sin plantear previamente una cuestión prejudicial. De manera que el TCF facilita la futura transposición constitucional de la Directiva mediante una interpretación pro-europea, y participa abiertamente en el debate sobre la protección de datos en la UE.

Sin embargo, aunque fuera probablemente la decisión más favorable al desarrollo e implementación del derecho de la UE, no era la más oportuna para garantizar los derechos fundamentales. Ya que el TCF renuncia a su jurisprudencia, alabada por las garantías que confiere, para acoger la criticada separación entre el almacenamiento y el acceso a los datos que ha propuesto el TJUE. Habría sido más adecuado dar la oportunidad al TJUE de modificar o matizar su jurisprudencia. De haberse producido dicho cam-

⁹⁷ BVerfG 1 BvR 1602/07 vom 26.2.2008. Marginales 80-82.

⁹⁸ ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson, Pamplona, 2007, pp. 263-264.

⁹⁹ BREYER, P., «Telecommunications Data Retention and Human Rights: The compatibility of Blanket Traffic Data Retention with the ECHR», *ELJ*, vol. 11, núm. 3, 2005, pp. 356 y ss.

¹⁰⁰ Al respecto, UGARTEMENDIA, J., *El Derecho Comunitario y el legislador de los Derechos Fundamentales*, IVAP, Oñati, 2001, pp. 120 y ss.

bio no sería preciso construir un complejo e insuficiente sistema de compensaciones de la injerencia. La nueva arquitectura constitucional de la UE¹⁰¹, así como las diversas decisiones y estudios críticos con la Retención de Datos, podrían ser un acicate para un giro jurisprudencial del TJUE.

No obstante, probablemente la sentencia del TCF ha tenido una influencia positiva en el espacio europeo de los derechos. De hecho, la propia Comisión Europea reconoció tras la sentencia del TCF que es precisa una reflexión seria en el seno de la UE sobre la Directiva de Retención de Datos¹⁰². De abrirse la posibilidad de una reforma de la norma, la sentencia podría incidir positivamente en futuras reformas legislativas. De hecho la jurisprudencia del TCF sobre recopilación y tratamiento de datos con fines policiales ha sido acusada de un particular activismo judicial, en detrimento del legislador¹⁰³, que en este caso habría querido evitar. Tribunales y legisladores se encuentran ante la tarea de adecuar las nuevas necesidades policiales a las exigencias de los derechos, sin descuidar la seguridad pública. En este proceso de aprendizaje mutuo han de seguir convergiendo y retroalimentándose actores nacionales y supranacionales, perfeccionando la respuesta final a una demanda vital de la sociedad europea: la garantía de sus derechos en el marco de una política de seguridad eficaz. Colaborar en dicha tarea es la tarea y el deber de la Justicia Constitucional.

¹⁰¹ Sobre la protección de datos personales en la UE tras la entrada en vigor de Lisboa, véase HIJMANS, H. y SCIROCCO, A., *op. cit.*, pp. 1515 y ss.

¹⁰² ROSSNAGEL, A., «Die Überwachungs-Gesamtrechnung-Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung», *NJW*, 2010, p. 1242.

¹⁰³ MÖSTL, M., «Das Bundesverfassungsgericht und das Polizeirecht», *DVBZ*, 2010, p. 816.