

## I

(Resoluciones, recomendaciones y dictámenes)

## DICTÁMENES

## SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS

**Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos relativo al Informe de evaluación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Directiva de conservación de datos (Directiva 2006/24/CE)**

(2011/C 279/01)

EL SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS,

Visto el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, el artículo 16,

Vista la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, en particular, los artículos 7 y 8,

Vista la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos <sup>(1)</sup>,

Vista 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 <sup>(2)</sup>,

Visto el Reglamento (CE) n° 45/2001 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos <sup>(3)</sup>, y en particular el artículo 41.

HA ADOPTADO EL SIGUIENTE DICTAMEN:

## I. INTRODUCCIÓN

### I.1. Publicación del informe

1. El 18 de abril de 2011, la Comisión presentó su informe de evaluación sobre la Directiva de conservación de datos (en adelante, «el informe de evaluación») <sup>(4)</sup>. Ese mismo día, el informe de evaluación se trasladó para su información al SEPD. Por los motivos que se establecen en el apartado I.2 *infra*, el SEPD emite el presente dictamen por iniciativa propia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Reglamento (CE) n° 45/2001.

2. Antes de que fuera adoptada la comunicación, el SEPD pudo proporcionar observaciones informales. Al SEPD le complace comprobar que la Comisión ha tenido en cuenta varias de esas observaciones en la elaboración de la versión final del documento.

3. La Comisión ha preparado el informe de evaluación en cumplimiento de la obligación que establece el artículo 14 de la Directiva de conservación de datos de evaluar la aplicación de la Directiva y su impacto en operadores económicos y consumidores, a fin de determinar si es necesario modificar las disposiciones de la presente Directiva <sup>(5)</sup>. El SEPD comprueba con satisfacción que, aunque el artículo 14 no establece su obligatoriedad, la Comisión también ha considerado en el informe «la incidencia de la Directiva en los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las críticas que se han dirigido en general a la conservación de datos.» <sup>(6)</sup>.

### I.2. Motivos y objetivo del presente dictamen del SEPD

4. La Directiva de conservación de datos supuso una respuesta de la Unión Europea a los urgentes desafíos en materia de seguridad, a raíz de los importantes atentados terroristas de Madrid en 2004 y en Londres en 2005. A pesar del legítimo propósito que motivó el establecimiento de un régimen de conservación de datos, se alzaron críticas en relación con el gran impacto que la medida tenía sobre la intimidad de los ciudadanos.
5. La obligación de conservar datos establecida en la Directiva de conservación de datos, permite a las autoridades nacionales competentes seguir el comportamiento en Internet y en sus comunicaciones telefónicas de todas las personas dentro de la UE, siempre que utilicen el teléfono o Internet, hasta un período de dos años.

<sup>(1)</sup> DO L 281 de 23.11.1995, p. 31.

<sup>(2)</sup> DO L 201 de 31.7.2002, p. 37 modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, DO L 337 de 18.12.2009, p. 11.

<sup>(3)</sup> DO L 8 de 12.1.2001, p. 1.

<sup>(4)</sup> COM(2011) 225 final.

<sup>(5)</sup> La Directiva de conservación de datos (Directiva 2006/24/CE) fue adoptada el 15 de marzo de 2006 y se publicó en el DO L 105 13.4.2006, p. 54. La fecha límite de emisión del informe se estableció para el 15 de septiembre de 2010; véase el artículo 14, apartado 1, de la Directiva de conservación de datos.

<sup>(6)</sup> Véase la p. 1 del informe de evaluación.

6. La conservación de datos de telecomunicaciones constituye claramente una injerencia en el derecho a la intimidad de las personas afectadas tal como está establecido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «CEDH») y el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
7. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH») ha señalado en repetidas ocasiones que el «simple almacenamiento de datos relativos a la vida privada de las personas supone una injerencia en el sentido de lo dispuesto en el artículo 8 [CEDH]» (7). En relación con los datos telefónicos en particular, el TEDH ha señalado que «facilitar dicha información a la policía sin el consentimiento del abonado también supone [...] una injerencia del derecho garantizado en el artículo 8 [CEDH]» (8).
8. Del artículo 8, apartado 2, del CEDH y del artículo 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se deriva que una injerencia puede estar justificada si está prevista por la ley, sirve a un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática para la obtención de dicho fin.
9. El SEPD ha reconocido que la disponibilidad de determinados datos de tráfico y de localización pueden ser decisivos para los servicios policiales en la lucha contra el terrorismo y otros tipos de delincuencia grave. Sin embargo, al mismo tiempo, el SEPD ha expresado sus dudas en repetidas ocasiones en relación con la justificación para conservar datos a tal escala si se tienen en cuenta los derechos de protección de datos y de intimidad (9). Estas dudas son compartidas por muchas de las organizaciones de la sociedad civil (10).
10. Desde 2005, el SEPD ha seguido de cerca, y de distintos modos, la creación, implantación y evaluación de la Directiva. El SEPD emitió un dictamen crítico en 2005, después de que la Comisión publicara su propuesta de Directiva (11). Tras la adopción de la Directiva, el SEPD entró a formar parte del grupo de expertos de conservación de datos, al que hace referencia el considerando 14 de la Directiva de conservación de datos (12). Asimismo, el SEPD participa en el trabajo del Grupo de Trabajo del Artículo 29, el cual publicó diversos documentos sobre esta cuestión, siendo el más reciente de ellos el informe de julio de 2010 sobre cómo se ha aplicado la Directiva en la práctica (13). Por último, el SEPD actuó como coadyuvante en el asunto ante el Tribunal de Justicia Europeo en el que se cuestionaba la validez de la Directiva (14).
11. La importancia del informe de evaluación y del procedimiento de evaluación no puede ser subestimada (15). La Directiva de conservación de datos constituye un ejemplo destacado de una medida europea que tiene como fin garantizar la disponibilidad de los datos generados y procesarlos en el contexto de las comunicaciones electrónicas para las actividades dirigidas al cumplimiento de la ley. Ahora que la medida ya cuenta con varios años, la evaluación de su aplicación práctica debería realmente demostrar la necesidad y la proporcionalidad de la medida a la luz de los derechos de intimidad y la protección de los datos. En este sentido, el SEPD ha denominado a esta evaluación el «momento de la verdad» para la Directiva de conservación de datos (16).
12. El proceso de evaluación actual también tiene implicaciones para otros instrumentos que regulan la gestión de la información, incluido el tratamiento de grandes cantidades de datos personales en el espacio de libertad, seguridad y justicia. En una comunicación de 2010, la Comisión llegó a la conclusión de que los mecanismos de evaluación muestran una amplia variedad (17). El SEPD opina que el procedimiento de evaluación actual debería emplearse para establecer una norma para la evaluación de otros instrumentos europeos y garantizar que únicamente las medidas que siguen siendo aplicables están realmente justificadas.
13. A pesar de estos antecedentes, el SEPD desea compartir su reflexión sobre las conclusiones presentadas en el informe de evaluación mediante un dictamen público. Esto se lleva a cabo en una fase temprana del proceso con el fin de proporcionar una contribución eficaz y constructiva a los debates que seguirán, posiblemente en el contexto de una nueva propuesta legislativa, mencionados por la Comisión en el informe de evaluación (18).

### I.3. Estructura del dictamen

14. El presente dictamen analizará y debatirá el contenido del informe de evaluación desde el punto de vista de la intimidad y la protección de datos. El análisis estará centrado en la cuestión de si la Directiva de conservación de datos actual cumple los requisitos establecidos por estos dos derechos fundamentales, lo cual incluye un análisis de si la necesidad de la conservación de datos queda suficientemente demostrada tal como está regulada en la Directiva.
15. El presente dictamen está organizado de la siguiente manera. El apartado II presentará el contenido principal de la

(7) Véase para más información la sentencia del TEDH de 4 de diciembre de 2008, *S. and Marper* contra Reino Unido, demandas 30562/04 y 30566/04, ap. 67.

(8) Véase la sentencia del TEDH de 2 de agosto de 1984, *Malone* contra Reino Unido, A-82, ap. 84.

(9) Véase el Dictamen del SEPD de 26 de septiembre de 2005, DO C 298 29.11.2005, p. 1. Durante una conferencia organizada por la Comisión en diciembre de 2010, el SEPD se refirió a este instrumento como «el instrumento más invasivo que ha adoptado nunca la UE en lo que a su alcance y al número de personas que afecta se refiere». Véase el Discurso de 3 de diciembre de 2010, que puede encontrarse en el sitio web del SEPD (<http://www.edps.europa.eu>) en «Publications (Publicaciones)» >> «Speeches & Articles (Discursos y artículos)» >> «2010».

(10) Véase a este respecto la carta de 22 de junio de 2010 de un gran grupo de organizaciones de la sociedad civil dirigida a los Comisarios Malmström, Reding y Kroes ([http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/DRletter\\_Malmstroem.pdf](http://www.vorratsdatenspeicherung.de/images/DRletter_Malmstroem.pdf)).

(11) Véase el dictamen del SEPD mencionado en la nota a pie de página nº 9.

(12) Véase además la Decisión de la Comisión de 25 de marzo de 2008, DO L 111 23.4.2008, p. 11.

(13) Véase el documento WP 172 de 13 julio de 2010, Informe 1/2010 sobre la segunda acción conjunta de ejecución.

(14) Véase la sentencia del TJE de 10 de febrero de 2009, *Irlanda* contra Parlamento y Consejo, C-301/06. Véase también sobre este el asunto el p. 29 *infra*.

(15) En su dictamen de 2005, el SEPD ya destacó la importancia de la obligación de evaluar este instrumento (véase la nota al pie de página nº 9, ptos. 72-73).

(16) Véase el discurso de 3 de diciembre de 2010 mencionado en la nota a pie de página nº 9.

(17) COM(2010) 385 de 20 de julio de 2010, *Panorama general de la gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia*, p. 24. Véase el dictamen del SEPD sobre esta Comunicación de 30 de septiembre de 2010, que puede encontrarse en el sitio web del SEPD (<http://www.edps.europa.eu>) en «Consultation (Consulta)» >> «Opinions (Dictámenes)» >> «2010».

(18) Véase la p. 32 del informe de evaluación.

Directiva de conservación de datos y su relación con la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (en adelante, la «Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas») <sup>(19)</sup>. El apartado III establecerá brevemente los cambios producidos por el Tratado de Lisboa, ya que estos son especialmente importantes para la cuestión actual y tienen consecuencias directas sobre el modo en que las normas europeas sobre conservación de datos deben ser percibidas, evaluadas y posiblemente revisadas. El apartado más extenso del dictamen, el apartado IV, incluye el análisis relativo a la validez de la Directiva de conservación de datos a la luz de los derechos de intimidad y protección de datos y a la vista de las conclusiones presentadas en el informe de evaluación. El apartado V tratará las posibles formas de mejora. El dictamen finaliza, en el apartado VI, con una conclusión.

## II. NORMAS DE LA UE SOBRE CONSERVACIÓN DE DATOS

16. En el contexto del presente dictamen, se entiende por «conservación de datos» a las obligaciones de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de una red pública de comunicaciones de conservar durante un determinado período datos de tráfico y de localización así como los datos relacionados necesarios para identificar al abonado o al usuario. Esta obligación se establece en la Directiva de conservación de datos, en cuyo artículo 5, apartado 1, se especifican asimismo las categorías de datos que deben conservarse. De acuerdo con el artículo 6 de la Directiva, los Estados miembros garantizarán que estos datos se conserven por un período que no sea inferior a seis meses ni superior a dos años a partir de la fecha de la comunicación.
17. Los datos deben conservarse en la medida en que son generados o tratados por los proveedores en el marco de la prestación de los servicios de comunicaciones de que se trate (art. 3). Esto también incluye los datos relativos a las llamadas telefónicas infructuosas. De conformidad con la Directiva, no podrá conservarse ningún dato que revele el contenido de la comunicación (artículo 5, apartado 1)
18. Los datos se conservan para garantizar que los datos estén disponibles con fines de «investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves, tal como se definen en la legislación nacional de cada Estado miembro» (artículo 1, apartado 1).
19. La Directiva de conservación de datos no incluye más normas sobre las condiciones en que las autoridades nacionales competentes pueden acceder a los datos conservados, sino que esto se deja a la discreción de los Estados miembros y queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva. El artículo 4 de la Directiva subraya que dichas normas nacionales deben ser conformes a los requisitos de necesidad y proporcionalidad, según lo dispuesto, en particular, en el CEDH.
20. La Directiva de conservación de datos está estrechamente relacionada con la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas. Dicha Directiva, que especifica y complementa a la Directiva general de protección de datos 95/46/CE, establece que los Estados miembros garantizarán la confidencialidad de las comunicaciones y de los datos de

tráfico asociados con ellas <sup>(20)</sup>. La Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas exige que los datos de tráfico y de localización generados utilizando servicios de comunicaciones electrónicas deberán eliminarse o hacerse anónimos cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de una comunicación, salvo en los casos y en la medida en que sean necesarios a efectos de facturación <sup>(21)</sup>. Previo consentimiento, determinados datos pueden tratarse mientras sea necesario para la prestación de un servicio de valor añadido.

21. Sobre la base del artículo 15, apartado 1, de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas, los Estados miembros pueden adoptar medidas legales para limitar el alcance de los derechos y las obligaciones arriba mencionadas cuando dicha 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 [...]». En el artículo 15, apartado 1, de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas se hace referencia explícitamente a la cuestión de la conservación de datos. Los Estados miembros podrán «adoptar medidas legales en virtud de las cuales los datos se conserven durante un plazo limitado» justificado por los motivos mencionados.
22. La Directiva de conservación de datos pretende aproximar las iniciativas de los Estados miembros en virtud del artículo 15, apartado 1, en la medida en que afecten a la conservación de datos para la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves. Debe resaltarse que dicha Directiva constituye una excepción a la obligación general consagrada en la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas de eliminación de los datos cuando ya no son necesarios <sup>(22)</sup>.
23. Con la adopción de la Directiva de conservación de datos se introdujo un apartado 1 bis adicional en el Artículo 15 de la Directiva de privacidad en las comunicaciones electrónicas en el que se establecía que el apartado 1 del artículo 15 no se aplicará a los datos que deben conservarse específicamente de conformidad con la Directiva de conservación de datos para los fines recogidos en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva.
24. En el informe de evaluación se indica —esto se debatirá con más detalle en el apartado IV.3 *infra*— que el artículo 15, apartado 1, y el artículo 15, apartado 1 bis, han sido empleados por diversos Estados miembros para utilizar los datos conservados en virtud de lo dispuesto en la Directiva de conservación de datos para otros fines <sup>(23)</sup>. El SEPD ha denominado a esta situación un «vacío legal» del marco jurídico, que impide el propósito de la Directiva de conservación de datos, en especial, crear unas condiciones equitativas para la industria <sup>(24)</sup>.

<sup>(20)</sup> Véase el artículo 5 de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas.

<sup>(21)</sup> Véanse los artículos 6 y 9 de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas.

<sup>(22)</sup> Véase asimismo la opinión del Grupo de Trabajo del Artículo 29 en el informe de 13 de julio de 2010, mencionado en la nota al pie de página n° 13, p. 1.

<sup>(23)</sup> Véase la p. 4 del informe de evaluación. Véase también en este sentido el considerando 12 de la Directiva de conservación de datos.

<sup>(24)</sup> Véase el discurso de 3 de diciembre de 2010 mencionado en la nota a pie de página n° 9, p. 4

<sup>(19)</sup> Véase la nota a pie de página 2.

### III. EL CONTEXTO JURÍDICO GENERAL DE LA UE HA CAMBIADO TRAS EL TRATADO DE LISBOA

25. El contexto jurídico general de la UE que tiene relevancia para la Directiva de conservación de datos ha cambiado considerablemente desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Un cambio importante fue la supresión de la estructura de pilares, la cual había establecido diferentes procedimientos legislativos y mecanismos de revisión para los distintos ámbitos de competencia de la UE.
26. La anterior estructura de pilares planteaba con frecuencia debates sobre la base jurídica correcta de un instrumento europeo en caso de que una cuestión implicara la competencia europea en distintos pilares. Elegir una base jurídica no era una cuestión baladí ya que esto daba lugar a procedimientos legislativos distintos respecto de, por ejemplo, los requisitos de voto en el Consejo (mayoría cualificada o unanimidad) o la participación del Parlamento Europeo.
27. Estos debates resultaban muy relevantes en relación con la conservación de datos. Teniendo en cuenta que la Directiva de conservación de datos tenía como fin armonizar la obligación para los operadores y, de este modo, eliminar los obstáculos para el mercado interior, el artículo 95 del anterior Tratado CE (el anterior primer pilar) podría haber sido dicha base jurídica. Sin embargo, la cuestión también podría haber sido tratada desde el punto de vista del cumplimiento de la ley, argumentando que el fin de almacenar los datos era luchar contra los delitos graves, en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal en el anterior Tratado de la UE (el anterior tercer pilar) <sup>(25)</sup>.
28. En ese momento, se adoptó la Directiva de conservación de datos sobre la base del artículo 95, que regulaba únicamente las obligaciones de los operadores. La Directiva no incluía normas relativas al acceso y al uso de los datos conservados por parte de las autoridades policiales.
29. Tras su adopción, se cuestionó la validez de la Directiva ante el Tribunal de Justicia. Se alegó que la Directiva debería estar basada en el tercer pilar en lugar de en el primer pilar, ya que el fin para el que los datos debían conservarse (la investigación, detección y enjuiciamiento de delitos graves) entraban dentro de la competencia europea del tercer pilar <sup>(26)</sup>. Sin embargo, dado que la conducta de las autoridades competentes estaba explícitamente fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que la Directiva estaba correctamente basada en el Tratado CE <sup>(27)</sup>.
30. Desde el principio, el SEP D ha explicado que si la UE adoptara un instrumento relativo a la conservación de datos, éste debería regular tanto la obligación para los operadores como el acceso y el uso posterior por parte de las autoridades policiales. En su dictamen de 2005 sobre la propuesta de la Comisión, el SEP D subrayó que el acceso y el uso posterior por parte de las autoridades nacionales competentes constituía una parte esencial e inseparable del asunto <sup>(28)</sup>.
31. Como se desarrollará más adelante, los efectos negativos de que la UE regule únicamente la mitad de la cuestión han sido confirmados por el informe de evaluación. La Comisión concluye que las diferencias en la legislación de los Estados miembros sobre el acceso y el uso posterior de los datos por parte de las autoridades nacionales competentes han generado «considerables dificultades» para los operadores <sup>(29)</sup>.
32. Con la supresión de la estructura de pilares tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los dos ámbitos relevantes de las competencias europeas se unieron en el TFUE, permitiendo adoptar legislación europea mediante un mismo procedimiento legislativo. Este nuevo contexto permitiría adoptar un nuevo y único instrumento sobre conservación de datos que regulase tanto las obligaciones de los operadores como las condiciones de acceso y el uso posterior por parte de las autoridades policiales. Como se explicará en el apartado IV.3 *infra*, los derechos de intimidad y protección de datos exigen que si se considera una medida europea revisada relativa a la conservación de datos, ésta deberá al menos regular totalmente la materia.
33. El Tratado de Lisboa no solo suprimió la estructura de pilares sino que también concedió a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que antes era un documento no vinculante y que incluía los derechos de intimidad y protección de datos en los artículos 7 y 8, el mismo valor jurídico que el de los Tratados <sup>(30)</sup>. El artículo 16 del TFUE incluyó además un derecho subjetivo a la protección de datos, creando un fundamento jurídico separado para los instrumentos europeos relativos a la protección de datos personales.
34. La protección de los derechos fundamentales ha sido desde hace tiempo la piedra angular de la política de la Unión Europea y el Tratado de Lisboa ha supuesto un compromiso aún mayor para estos derechos en el contexto de la Unión Europea. Estos cambios introducidos por el Tratado de Lisboa inspiraron a la Comisión en octubre de 2010 a fomentar una «cultura de los derechos fundamentales» en todas las etapas del proceso legislativo y a afirmar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea debe «ser una guía para la política de la Unión» <sup>(31)</sup>. El SEP D opina que el actual proceso de evaluación ofrece a la Comisión una buena oportunidad para que demuestre este compromiso.

<sup>(25)</sup> Una primera propuesta de normas europeas sobre conservación de datos (una decisión marco) estaba basada en el anterior Tratado UE, presentada por Francia, Irlanda, Suecia y el Reino Unido. Véase el Documento del Consejo 8958/04 de 28 de abril de 2004. Esta propuesta fue seguida por una propuesta de la Comisión basada en el Tratado CE. Véase el documento COM(2005) 438 de 21 de septiembre de 2005.

<sup>(26)</sup> Este argumento está basado en la sentencia del Tribunal de Justicia en los «casos PNR», véase la sentencia TJE de 30 de mayo de 2006, *Parlamento contra Consejo y Comisión*, asuntos C-317/05 y C-318/04.

<sup>(27)</sup> Véase la sentencia del TJE de 10 de febrero de 2009, *Irlanda contra Parlamento y Consejo*, C-301/06, ap. 82-83.

<sup>(28)</sup> Véase el dictamen de 2005, p. 80. Véase asimismo sobre esta cuestión el apartado IV.3 del presente dictamen.

<sup>(29)</sup> Véase la p. 31 del informe de evaluación.

<sup>(30)</sup> Véase el artículo 6, apartado 1, del TUE.

<sup>(31)</sup> COM(2010) 573 de 19 de octubre de 2010, Estrategia para la aplicación efectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales por la Unión Europea, p. 4.

#### IV. ¿LA DIRECTIVA DE CONSERVACIÓN DE DATOS CUMPLE LOS REQUERIMIENTOS RELACIONADOS CON LA INTIMIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS?

35. El informe de evaluación pone de relieve diversos puntos débiles de la Directiva de conservación de datos actual. La información que proporciona el informe muestra que la Directiva no ha logrado cumplir su principal objetivo, que consiste en armonizar la legislación nacional relativa a la conservación de datos. La Comisión observa que existen «considerables» diferencias entre la legislación de transposición en los ámbitos de la limitación de la finalidad, el acceso a los datos, los períodos de conservación, la protección de datos y la seguridad de los datos y las estadísticas<sup>(32)</sup>. En opinión de la Comisión, las diferencias son parcialmente debidas a la variación prevista expresamente por la Directiva. La Comisión afirma, sin embargo, que incluso más allá de esto, «las diferencias en la aplicación nacional de la conservación de datos han presentado considerables dificultades para los operadores» y que «sigue existiendo una falta de seguridad jurídica para el sector»<sup>(33)</sup>. Ni que decir tiene que dicha falta de armonización resulta perjudicial para todas las partes implicadas, ciudadanos, operadores del sector y autoridades policiales.
36. Desde el punto de vista de la intimidad y la protección de datos, el informe de evaluación también justifica la conclusión de que la Directiva de conservación de datos no cumple los requisitos impuestos por los derechos de intimidad y protección de datos. Existen diversas deficiencias. La necesidad de la conservación de datos tal como se indica en la Directiva de conservación de datos no ha quedado suficientemente demostrada; en cualquier caso, la conservación de datos se podría haber regulado de un modo que atentase menos a la intimidad; y a la Directiva de conservación de datos le falta «previsibilidad». Estos tres puntos se desarrollarán más abajo.

##### IV.1. La necesidad de conservación de datos prevista en la Directiva de conservación de datos no ha quedado suficientemente demostrada

37. La injerencia en los derechos a la intimidad y la protección de datos está permitida únicamente si la medida es necesaria para lograr un fin legítimo. La necesidad de la conservación de datos como medida represiva ha sido constantemente uno de los principales puntos de debate<sup>(34)</sup>. En la propuesta de Directiva se afirmó que las limitaciones de los derechos de intimidad y de protección de datos eran «necesarias para alcanzar los objetivos generalmente reconocidos de prevenir y combatir la delincuencia y el terrorismo»<sup>(35)</sup>. Sin embargo, en el dictamen de 2005, el SEPD indicó que no le convenía esta declaración, ya que requería más pruebas<sup>(36)</sup>. Aun así, el considerando 9 de la Directiva de conservación de datos establecía que la «conservación de datos se ha acreditado [...] una herramienta de investigación necesaria y eficaz para aplicar la ley en diferentes Estados miembros», sin proporcionar ninguna otra prueba.

<sup>(32)</sup> Véase la p. 31 del informe de evaluación.

<sup>(33)</sup> Véase la p. 31 del informe de evaluación.

<sup>(34)</sup> Véase el dictamen de SEPD de 2005. Véase asimismo la carta de 22 de junio de 2010 de un gran grupo de organizaciones de la sociedad civil, a la que se hace referencia en la nota a pie de página nº 10.

<sup>(35)</sup> COM(2005) 438 de 21 de septiembre de 2005, p. 3.

<sup>(36)</sup> Véase el dictamen de 2005, ptos. 17-22.

38. Debido a la falta de pruebas suficientes, el SEPD explicó que la Directiva de conservación de datos estaba basada únicamente en la suposición de que la conservación de datos desarrollada en dicha Directiva constituía una medida necesaria<sup>(37)</sup>. Por ello, el SEPD hizo un llamamiento a la Comisión y a los Estados miembros para que aprovecharan la ocasión del informe de evaluación para proporcionar más pruebas que confirmaran que la suposición de la necesidad de una medida de conservación de datos y el modo que está regulada en la Directiva de conservación de datos era en efecto correcta.
39. Sobre este punto, la Comisión afirma en el informe de evaluación que «[l]a mayoría de los Estados miembros consideran que las normas de la UE sobre conservación de datos siguen siendo necesarias como herramienta para la aplicación de la ley, la protección de las víctimas y los sistemas de justicia penal». Asimismo, considera que la conservación de datos desempeña un «importante papel» en la investigación penal, al ser «valiosa cuanto menos, y en algunos casos indispensable» y se afirma que sin la conservación de datos determinadas condenas por delitos «nunca podrían haberse resuelto»<sup>(38)</sup>. La Comisión concluye que la UE deberá, por tanto, «apoyar y regular la conservación de datos como medida de seguridad»<sup>(39)</sup>.
40. Sin embargo, es dudoso que la Comisión pueda llegar a la conclusión de que la mayoría de los Estados miembros consideran la conservación de datos como una herramienta necesaria. No se indica cuáles son los Estados miembros que constituyen la mayoría, la cual en una UE con veintisiete Estados miembros debería ser, como mínimo, de catorce. El número de Estados miembros al que se hace una referencia concreta en el capítulo 5, sobre el que están basadas las conclusiones, es de nuevo como máximo<sup>(40)</sup>.
41. Además, parece que la Comisión se basa principalmente en las declaraciones de los Estados miembros sobre si consideran la conservación de datos una herramienta necesaria para fines represivos. Sin embargo, estas declaraciones indican más bien que los Estados miembros afectados desean disponer de normas europeas relativas a la conservación de datos, sin establecer como tal la necesidad de que la conservación de datos sea una medida policial, apoyada y regulada por la UE. Estas declaraciones sobre la necesidad deberían ser apoyadas por pruebas suficientes.
42. Es cierto que demostrar la necesidad de una medida que vulnere la intimidad no es tarea fácil, especialmente para la Comisión, quien depende en gran medida de la información que los Estados miembros le proporcionen.
43. Sin embargo, si la medida ya se aplica, como ocurre con la Directiva de conservación de datos, y se ha obtenido experiencia práctica, se debería disponer de suficiente información cuantitativa y cualitativa que permitiese una declaración sobre si la medida es en realidad efectiva y si podrían

<sup>(37)</sup> Véase el discurso de 3 de diciembre de 2010 mencionado en la nota a pie de página nº 9.

<sup>(38)</sup> Todas las citas son de la p. 23 o de la p. 31 del informe de evaluación.

<sup>(39)</sup> Véase la p. 31 del informe de evaluación.

<sup>(40)</sup> República Checa, Eslovenia, Reino Unido, Alemania, Polonia, Finlandia, Países Bajos, Irlanda y Hungría.

haberse obtenido resultados comparables sin este instrumento o a través de medidas alternativas menos invasivos. Dicha información deberá constituir una prueba fehaciente y mostrar la relación entre el uso y el resultado<sup>(41)</sup>. En lo que a la Directiva europea se refiere, la información deberá asimismo representar la práctica de al menos la mayoría de los Estados miembros de la Unión.

44. Tras un cuidadoso análisis, el SEPD considera que, aunque la Comisión se ha esforzado claramente en obtener información de los gobiernos de los Estados miembros, la información cuantitativa y cualitativa proporcionada por los Estados miembros no resulta suficiente para confirmar la necesidad de la conservación de datos, tal como está desarrollada en la Directiva de conservación de datos. Aunque se han proporcionado algunos ejemplos interesantes, la información presentada en el informe presenta demasiadas deficiencias como para permitir extraer conclusiones generales sobre la necesidad del instrumento. Además, todavía debe llevarse a cabo una mayor investigación sobre medidas alternativas. Estos dos puntos se desarrollarán a continuación.

*La información cuantitativa y cualitativa proporcionada en el informe de evaluación*

45. En lo que se refiere a la información estadística *cuantitativa* que se presenta principalmente en el capítulo 5 y en el anexo del informe de evaluación, falta información que resulta crucial. Por ejemplo, las estadísticas no indican los fines para los que se obtienen los datos. Asimismo, los números no revelan si todos los datos a los que se ha tenido acceso han sido datos que estaban almacenados como consecuencia de la obligación legal de conservar los datos o para fines profesionales. Asimismo, no se proporciona información sobre los resultados del uso de los datos. Para la extracción de conclusiones, resulta además problemático que la información de los distintos Estados miembros no sea siempre totalmente comparable y que, en muchos casos, los gráficos sean representativos sólo de nueve Estados miembros.
46. Los ejemplos *cualitativos* incluidos en el informe sirven para ilustrar mejor el importante papel que los datos conservados han desempeñado en determinadas situaciones específicas y los beneficios potenciales de un sistema de conservación de datos. Sin embargo, no está claro en todos los casos si el uso de los datos conservados fue el único medio para resolver el delito.
47. Algunos ejemplos ilustran el carácter indispensable de la medida de conservación de datos para luchar contra la ciberdelincuencia. En este sentido, cabe destacar que el principal instrumento internacional en este ámbito, el Convenio del Consejo de Europa sobre ciberdelincuencia, no prevé la conservación de datos como medida para luchar contra la ciberdelincuencia sino que sólo se refiere a ella como herramienta de investigación<sup>(42)</sup>.
48. La Comisión parece atribuir una importancia considerable a los ejemplos proporcionados por los Estados miembros en

los cuales los datos conservados se utilizaron para excluir a sospechosos de escenas del delito y verificar coartadas<sup>(43)</sup>. A pesar de que son ejemplos interesantes sobre el modo en que las autoridades policiales utilizan los datos, no pueden utilizarse para demostrar la necesidad de la conservación de datos. Este argumento debe ser empleado con precaución ya que podría ser malinterpretado para implicar que la conservación de datos es necesaria para probar la inocencia de los ciudadanos, lo cual puede ser difícil de conciliar con la presunción de inocencia.

49. El informe de evaluación sólo discute brevemente el valor de la conservación de datos respecto de la evolución tecnológica y, de forma más específica, el uso de tarjetas SIM de prepago<sup>(44)</sup>. El SEPD subraya que más información cualitativa y cuantitativa sobre el uso de nuevas tecnologías no cubiertas por la Directiva (como sería el caso de los servicios de VoIP y las redes sociales) hubiera resultado instructivo para valorar la eficacia de la Directiva.
50. El informe de evaluación es limitado, ya que se centra principalmente en la información cuantitativa y cualitativa proporcionada por los Estados miembros que han aplicado la Directiva de conservación de datos. Sin embargo, hubiera sido interesante observar si existe alguna diferencia considerable entre dichos Estados miembros y los Estados miembros que *no* han aplicado la Directiva. Especialmente para aquellos Estados miembros en los que la legislación de aplicación ha sido anulada (Alemania, Rumanía y la República Checa), habría resultado interesante observar si existe alguna prueba del aumento o el descenso de las investigaciones con éxito, antes o después de dichas anulaciones.
51. La Comisión reconoce que las estadísticas y los ejemplos facilitados en el informe de evaluación son «limitados en algunos aspectos» pero no obstante concluye que las pruebas son muestra del «importante papel que desempeñan los datos conservados en la investigación penal»<sup>(45)</sup>.
52. El SEPD cree que la Comisión debería haber sido más crítica con los Estados miembros. Como se ha explicado, las declaraciones políticas realizadas por algunos Estados miembros sobre la necesidad de tal medida no pueden justificar por sí solas una acción de la Unión Europea. La Comisión debería haber insistido a los Estados miembros para que estos proporcionasen una prueba suficiente que demostrara la necesidad de la medida. En opinión del SEPD, la Comisión debería como mínimo haber condicionado su apoyo a la conservación de datos como medida de seguridad (véase la p. 31 del informe de evaluación) al hecho de que los Estados miembros proporcionasen más pruebas durante la evaluación de impacto.

#### *Medios alternativos*

53. La necesidad de conservación de datos establecida en la Directiva de conservación de datos también depende del hecho de si existen medios alternativos que atenten menos contra la intimidad y que hubieran conducido a resultados comparables. Esto ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Schecke* de noviembre de 2010, en la que se anuló la legislación europea relativa a la publicación

<sup>(41)</sup> Sobre el principio de necesidad y proporcionalidad véase el dictamen del SEPD de 25 de marzo de 2011 relativo a la propuesta PNR de la UE, que puede encontrarse en el sitio web del SEPD (<http://www.edps.europa.eu>) en «Consultation (Consulta)» >> «Opinions (Dictámenes)» >> «2011».

<sup>(42)</sup> Véase la p. 5 del informe de evaluación.

<sup>(43)</sup> Véase la p. 24 del informe de evaluación.

<sup>(44)</sup> Véase la p. 25 del informe de evaluación.

<sup>(45)</sup> Véase la p. 31 del informe de evaluación.

de los nombres de los beneficiarios de los fondos <sup>(46)</sup>. Uno de los motivos de la anulación fue que ni el Consejo ni la Comisión habían considerado medidas alternativas que respetasen el objetivo perseguido por dicha publicación y, al mismo tiempo, fueran menos lesivas para el derecho a la intimidad y a la protección de datos de las personas en cuestión <sup>(47)</sup>.

54. La alternativa principal expuesta en los debates alrededor de la Directiva de conservación de datos es el método de la *preservación de datos* («congelación rápida» y «congelación rápida plus») <sup>(48)</sup>, que consiste en asegurar o «congelar» temporalmente determinados datos sobre telecomunicaciones y de localización relativos únicamente a determinados sospechosos de actividad delictiva, que se pondrán posteriormente a disposición de las autoridades policiales mediante autorización judicial.
55. La preservación de datos se menciona en el informe de evaluación en el contexto del citado Convenio sobre ciberdelincuencia, aunque no se considera adecuada porque «no garantiza la capacidad para establecer pistas de pruebas antes de la orden de preservación, no permite realizar investigaciones si el objetivo es desconocido y no permite obtener pruebas sobre los movimientos de, por ejemplo, las víctimas o testigos de un delito» <sup>(49)</sup>.
56. El SEPD reconoce que hay menos información disponible cuando se utiliza un sistema de preservación de datos en lugar de un sistema amplio de conservación de datos. Sin embargo, es precisamente por este carácter más definido que la preservación de datos constituye un instrumento que vulnera menos la intimidad, respecto de la escala y el número de personas a las que afecta. La evaluación no solo debería centrarse en los datos disponibles sino también en los distintos resultados obtenidos por ambos sistemas. El SEPD considera que una investigación en profundidad de esta medida está justificada y es indispensable. Esto podría llevarse a cabo durante la evaluación de impacto en los meses venideros.
57. En ese sentido, no es oportuno que, en las conclusiones del informe, la Comisión se comprometa a examinar si un enfoque europeo sobre la preservación de datos puede *complementar* (es decir, no sustituir) la conservación de datos y de qué manera <sup>(50)</sup>. La posibilidad de combinar cualquier tipo de sistema de conservación con salvaguardias procedimentales ligadas a los distintos modos de preservación de datos merece en efecto una mayor investigación. Sin embargo, el SEPD recomienda a la Comisión durante la evaluación de impacto que considere *asimismo* si un sistema de preservación de datos u otros medios alternativos podrían *sustituir* total o parcialmente el sistema de conservación de datos actual.

<sup>(46)</sup> Sentencia del TJE de 9 de noviembre de 2010, *Volker und Markus Schecke*, asuntos C-92/09 y C-93/09.

<sup>(47)</sup> TJE, *Schecke*, ap. 81.

<sup>(48)</sup> «La congelación rápida» se refiere a la «congelación» de datos del tráfico y de localización relativos a determinados sospechosos a partir de la fecha de la autorización judicial. «La congelación rápida plus» también incluye la «congelación» de datos ya conservados por los operadores para fines de facturación y transmisión.

<sup>(49)</sup> Véase la p. 5 del informe de evaluación.

<sup>(50)</sup> Véase la p. 32 del informe de evaluación.

#### IV.2. La conservación de datos tal como está regulada en la Directiva de conservación de datos va, en cualquier caso, más allá de lo que es necesario

58. En opinión del SEPD, la información del informe de evaluación no incluye pruebas suficientes que demuestren la necesidad de una medida de conservación de datos tal como queda establecida en la Directiva de conservación de datos. En cambio, dicho informe sí permite llegar a la conclusión de que la Directiva de conservación de datos ha regulado la conservación de datos de un modo que va más allá de lo que es necesario o, como mínimo, no ha garantizado que dicha conservación no se haya aplicado de este modo. En este sentido, deben resaltarse cuatro elementos.
59. En primer lugar, el fin poco claro de la medida y el concepto amplio de «autoridades nacionales competentes» ha llevado a que los datos conservados sean utilizados para una gama de fines demasiado amplia y por demasiadas autoridades. Además, no existe una coherencia entre las salvaguardias y las condiciones de acceso a los datos. Por ejemplo, el acceso no se realiza con sujeción a una autorización previa por parte de una autoridad independiente o judicial en todos los Estados miembros.
60. En segundo lugar, el período máximo de conservación de dos años parece que excede lo que se considera necesario. La información estadística de una serie de Estados miembros en el informe de evaluación muestra que la gran mayoría de las solicitudes de acceso se refieren a datos de hasta seis meses, en concreto el 86 % <sup>(51)</sup>. Asimismo, dieciséis de los Estados miembros han elegido un período de un año o menos en sus legislaciones <sup>(52)</sup>. Esto sugiere firmemente que un período máximo de dos años excede lo que la mayoría de los Estados miembros considera necesario.
61. Asimismo, la falta de un único período de conservación fijo para todos los Estados miembros, ha creado una variedad de legislaciones nacionales divergentes, lo cual puede generar complicaciones porque no siempre es evidente cuál es la legislación nacional —relativa a la conservación de datos y también a la protección de datos— que es aplicable cuando los operadores almacenan datos en un Estado miembro distinto del Estado en que se han obtenido los datos.
62. En tercer lugar, el nivel de seguridad no está lo suficientemente armonizado. Una de las principales conclusiones del informe de julio de 2010 del Grupo de Trabajo del Artículo 29 es que existe un mosaico de medidas de seguridad aplicables en los distintos Estados miembros. Parece que la Comisión considera suficientes las medidas de seguridad de la actual Directiva, ya que «no hay ejemplos concretos de casos graves de vulneración de la intimidad» <sup>(53)</sup>. Parece, sin embargo, que la Comisión sólo ha pedido a los gobiernos de los Estados miembros que informen sobre esta cuestión. Con el fin de evaluar la idoneidad de las normas y medidas de seguridad actuales, es precisa una consulta más amplia y una investigación más concreta sobre los casos de abuso. Incluso si no se mencionan casos específicos de violaciones de la seguridad en el contexto del informe, las violaciones de la seguridad de los datos y los

<sup>(51)</sup> Véase la p. 22 del informe de evaluación. El 12 % se refiere a los datos entre los seis y los doce meses y el 2 % se refiere a los datos con más de un año.

<sup>(52)</sup> Véase la p. 14 del informe de evaluación.

<sup>(53)</sup> Véase la p. 30 del informe de evaluación.

escándalos en el ámbito de los datos de tráfico y comunicaciones electrónicas en algunos Estados miembros también sirven como alertas ilustrativas. Esta cuestión no puede tomarse a la ligera ya que la seguridad de los datos conservados es de vital importancia para un sistema de conservación de datos, pues garantiza el respeto del resto de salvaguardias<sup>(54)</sup>.

63. En cuarto lugar, en el informe no queda claro si se demuestra que todas las categorías de datos conservados son necesarias. Únicamente se han hecho algunas distinciones generales entre los datos telefónicos y los datos de Internet. Algunos Estados miembros han optado por imponer un período más corto de conservación para los datos de Internet<sup>(55)</sup>. Sin embargo, no pueden extraerse conclusiones generales de este hecho.

#### IV.3. A la Directiva de conservación de datos le falta previsibilidad

64. Otra deficiencia de la Directiva de conservación de datos afecta a su falta de previsibilidad. El requisito de previsibilidad deriva del requisito general del artículo 8, apartado 2, del CEDH y del artículo 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establecen que cualquier injerencia debe estar prevista por la ley. En opinión del TEDH, esto significa que la medida en cuestión debe tener como fundamento jurídico una ley y que debe ser compatible con el Estado de derecho, lo cual implica que la ley es accesible y previsible<sup>(56)</sup>. El Tribunal de Justicia también ha subrayado en su sentencia *Österreichischer Rundfunk* que la ley debe estar redactada con la suficiente precisión para permitir que los destinatarios adapten su conducta<sup>(57)</sup>. La ley debe indicar con la suficiente claridad el ámbito de discreción conferido a las autoridades competentes y su modo de ejercicio<sup>(58)</sup>.

65. Asimismo, en la lista de control establecida en la Comunicación de la Comisión sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, una de las cuestiones que deben responderse es si cualquier limitación de los derechos fundamentales se ha expresado de «una manera precisa y previsible»<sup>(59)</sup>. En su comunicación sobre el panorama general de la gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia, la Comisión también ha afirmado que los ciudadanos «tienen derecho a saber qué datos personales relacionados con ellos se tratan e intercambian, quiénes lo hacen y con qué finalidad»<sup>(60)</sup>.

66. En el caso de una Directiva europea, la responsabilidad del cumplimiento de los derechos fundamentales, incluido el requisito de previsibilidad, recae principalmente en los Es-

tados miembros que transponen la Directiva en su legislación nacional. Es un requisito bien conocido que dicha aplicación debe respetar los derechos fundamentales<sup>(61)</sup>.

67. Asimismo, en el informe de evaluación, la Comisión subraya que la Directiva «no garantiza por sí misma que los datos conservados se almacenen, recuperen y utilicen en el pleno respeto del derecho a la intimidad y la protección de los datos personales». Recuerda que la «responsabilidad de garantizar estos derechos corresponde a los Estados miembros»<sup>(62)</sup>.

68. Sin embargo, el SEPD opina que una Directiva europea por sí misma debería, en cierta medida, cumplir asimismo con el requisito de previsibilidad. O, parafraseando al Tribunal de Justicia en el asunto *Lindqvist*, al régimen que una Directiva proporciona no puede «faltarle previsibilidad»<sup>(63)</sup>. Este es especialmente el caso de una medida europea que exige a los Estados miembros organizar injerencias a gran escala en los derechos a la intimidad y a la protección de datos de los ciudadanos. El SEPD considera que la UE tiene la responsabilidad de garantizar al menos un fin claramente definido y una indicación clara de las personas que pueden acceder a los datos y en qué condiciones.

69. Esta postura es la que ha adoptado el nuevo contexto jurídico creado por el Tratado de Lisboa, el cual, como ya se ha explicado, mejora la competencia europea en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal y establece un mayor compromiso de la UE de respetar los derechos fundamentales.

70. El SEPD desea recordar que el requisito de un fin *determinado* y la posterior prohibición de procesar datos de un modo *incompatible* con este fin («principio de limitación a una finalidad específica») son de vital importancia para la protección de los datos personales, tal como confirma el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>(64)</sup>.

71. El informe de evaluación muestra que la opción de dejar la definición precisa de lo que constituye un «delito grave» y posteriormente lo que debe considerarse como «autoridades competentes» a juicio de los Estados miembros, ha derivado en una gran variedad de fines para los que se han utilizado los datos<sup>(65)</sup>.

72. La Comisión establece que «[l]a mayoría de los Estados miembros que han transpuesto la Directiva, de conformidad con su legislación, permiten el acceso y uso de los datos conservados con fines que van más allá de los cubiertos por la Directiva, incluida la prevención y la lucha contra la delincuencia en general y el riesgo para la vida y la integridad física»<sup>(66)</sup>. Los Estados miembros utilizan el «vacío legal» del artículo 15, apartado 1, de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas<sup>(67)</sup>. La Comisión considera que esta situación podría no ofrecer

<sup>(54)</sup> Véase asimismo sobre esta cuestión el dictamen del SEPD de 2005, ptos. 29-37. Véase también el discurso del Asistente del Supervisor de 4 de mayo de 2011 que puede encontrarse en el sitio web del SEPD (<http://www.edps.europa.eu>) en «Publications (Publicaciones)» >> «Speeches & Articles (Discursos y artículos)» >> «2011».

<sup>(55)</sup> Véase la p. 14 del informe de evaluación.

<sup>(56)</sup> Véase la sentencia del TEDH, *S. and Marper*, mencionada en la nota a pie de página n.º 7, ap.151.

<sup>(57)</sup> TJE de 20 de mayo 2003, *Österreichischer Rundfunk*, C-465/00, ap. 77, y TEDH, *S. and Marper*, mencionada en la nota a pie de página n.º 7, ap. 95.

<sup>(58)</sup> Véase la sentencia del TEDH, *Malone*, mencionada en la nota a pie de página n.º 8, ap. 66-68.

<sup>(59)</sup> COM(2010) 573, mencionada en la nota a pie de página n.º 31, p. 5.

<sup>(60)</sup> COM(2010) 385, mencionada en la nota a pie de página n.º 17, p. 3.

<sup>(61)</sup> Véase, por ejemplo, la sentencia del TJE de 6 de noviembre de 2003, *Lindqvist*, ap. 87.

<sup>(62)</sup> Véase la p. 31 del informe de evaluación.

<sup>(63)</sup> TJE, *Lindqvist*, ap. 84.

<sup>(64)</sup> Véase asimismo el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE.

<sup>(65)</sup> Véase la p. 8 del informe de evaluación.

<sup>(66)</sup> Véase la p. 8 del informe de evaluación.

<sup>(67)</sup> Como se ha comentado en el p. 24 *supra*.

la «previsibilidad suficiente, que constituye un requisito para cualquier medida legislativa que restrinja el derecho a la intimidad» (68).

73. En estas circunstancias, no puede decirse que la Directiva de conservación de datos por sí misma, considerada en especial junto a la Directiva sobre la privacidad en las comunicaciones electrónicas, ofrezca la claridad necesaria para cumplir el principio de previsibilidad a nivel europeo.

#### V. EL CAMINO A SEGUIR: DEBEN SER CONSIDERADAS TODAS LAS OPCIONES

74. El análisis del apartado anterior justifica la conclusión de que la Directiva de conservación de datos no cumple los requisitos establecidos por los derechos a la intimidad y a la protección de datos. Queda claro, por tanto, que dicha Directiva no puede seguir existiendo bajo su forma actual. En este sentido, la Comisión propone con acierto una revisión del marco actual de conservación de datos (69).

75. Sin embargo, antes de proponer una versión revisada de la Directiva:

- a) la Comisión debería, durante la evaluación de impacto, dedicar tiempo en obtener más pruebas prácticas de los Estados miembros para demostrar la necesidad de la conservación de datos como medida conforme a la legislación europea;
- b) si la mayoría de los Estados miembros considera que es necesaria la conservación de datos, estos Estados miembros deberán facilitar a la Comisión pruebas cuantitativas y cualitativas que así lo demuestren;
- c) los Estados miembros que se opongan a dicha medida de conservación de datos deberán proporcionar a la Comisión información que facilite una valoración más amplia de la cuestión.

76. En la evaluación de impacto deberá también examinarse si un medida alternativa menos invasiva podría haber conducido o todavía puede conducir a resultados comparables. La Comisión deberá tomar la iniciativa a este respecto, apoyada, en su caso, por expertos externos.

77. Al SEPD le complace comprobar que la Comisión ha anunciado una consulta con todas las partes involucradas durante la evaluación de impacto (70). En este sentido, el SEPD anima a la Comisión a que encuentre modos de implicar directamente a los ciudadanos en este ejercicio.

78. Debe subrayarse que la evaluación de la necesidad y el examen de medidas alternativas menos invasivas únicamente podrán realizarse de un modo justo si se dejan abiertas todas las opciones respecto al futuro de la Directiva. En este sentido, la Comisión parece excluir la posibilidad de derogar la Directiva ya sea por sí misma o en combinación con la propuesta de una medida europea alternativa más específica. Por tanto, el SEPD hace un llamamiento a la Comisión para que en la evaluación de impacto también considere estas opciones.

79. Solo si existe un acuerdo sobre la necesidad de normas europeas desde la perspectiva del mercado interior y de la cooperación policial y judicial en materia penal, y si puede demostrarse de manera suficiente, durante la evaluación de impacto, la necesidad de la conservación de datos apoyada y regulada por la UE, lo cual implica una cuidadosa consideración de las medidas alternativas, podrá considerarse una futura Directiva de conservación de datos.

80. El SEPD no niega el importante valor de los datos conservados para fines policiales y el papel crucial que puede desempeñar en casos específicos. Al igual que ha expresado el *Bundesverfassungsgericht* alemán, el SEPD no excluye que, en determinadas condiciones muy estrictas, pueda justificarse una obligación bien definida de conservar datos de telecomunicaciones (71).

81. Cualquier instrumento europeo futuro sobre la conservación de datos deberá por tanto cumplir los siguientes requisitos básicos:

- deberá ser general y armonizar realmente las normas relativas a la obligación de conservar los datos, así como al acceso y uso posterior de los datos por las autoridades competentes,
- deberá ser exhaustivo, lo cual significa que tendrá un fin claro y preciso y que se eliminará el vacío legal que existe en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas,
- deberá ser proporcional y no ir más allá de lo que es necesario (véase en este sentido las observaciones realizadas en el apartado IV.2 *supra*).

82. Obviamente, el SEPD supervisará cuidadosamente cualquier propuesta futura relativa a la conservación de datos a la luz de estas condiciones básicas.

#### VI. CONCLUSIÓN

83. El SEPD comprueba con satisfacción que, a pesar de que el artículo 14 de la Directiva de conservación de datos no lo exige de manera estricta, la Comisión también ha tenido en cuenta en el informe de evaluación las implicaciones que la Directiva tiene sobre los derechos fundamentales.

84. El informe de evaluación muestra que la Directiva no ha logrado cumplir su principal objetivo, esto es, armonizar la legislación nacional relativa a la conservación de datos. Dicha falta de armonización resulta perjudicial para todas las partes implicadas, ciudadanos, operadores del sector y autoridades policiales.

85. Sobre la base del informe de evaluación puede concluirse que la Directiva de conservación de datos no cumple con los requisitos establecidos por los derechos a la intimidad y a la protección de datos, por los siguientes motivos:

- la necesidad de la conservación de datos prevista en la Directiva de conservación de datos no ha quedado suficientemente demostrada,
- la conservación de datos podría haberse regulado de un modo menos invasivo para la intimidad,

(68) Véanse las pp. 9 y 15 del informe de evaluación.

(69) Véanse las pp. 32-33 del informe de evaluación.

(70) Véanse las pp. 32-33 del informe de evaluación.

(71) Véase el *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR 256/08.

- a la Directiva de conservación de datos le falta previsibilidad.
86. El SEPD hace un llamamiento a la Comisión para que considere seriamente todas las opciones en la evaluación de impacto, incluida la posibilidad de derogar la Directiva, ya sea por sí misma o en combinación con una propuesta de una medida alternativa europea más específica.
87. Una futura Directiva de conservación de datos podrá ser considerada solo si existe un acuerdo sobre la necesidad de normas europeas desde la perspectiva del mercado interior y de la cooperación policial y judicial en materia penal, y si puede demostrarse de manera suficiente durante la evaluación de impacto la necesidad de la conservación de datos apoyada y regulada por la UE, lo cual implica una cuidadosa consideración de las medidas alternativas. Dicho instrumento deberá cumplir los siguientes requisitos básicos:
- deberá ser general y armonizar realmente las normas relativas a la obligación de conservar los datos, así como al acceso y uso posterior de los datos por las autoridades competentes,
  - deberá ser exhaustivo, lo cual significa que tendrá un fin claro y preciso y que eliminará el vacío legal que existe en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva sobre privacidad en las comunicaciones electrónicas,
  - deberá ser proporcional y no ir más allá de lo que lo que sea necesario.

Hecho en Bruselas, el 31 de mayo de 2011.

Peter HUSTINX  
*Supervisor Europeo de Protección de Datos*