



Representando a los
Abogados europeos



RECOMENDACIÓN DEL CCBE SOBRE LA DIRECTIVA RELATIVA A LA CONSERVACIÓN DE DATOS

En el presente documento, el CCBE publica sus recomendaciones, destinadas a los Consejos de la Abogacía europeos, para la transposición de la Directiva sobre conservación de datos (Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE).

A lo largo del procedimiento legislativo, el CCBE ha transmitido su inquietud en relación con determinados aspectos a los que se hace referencia en este documento. La Directiva entró en vigor el 3 de mayo de 2006 y los Estados miembros deberán transponerla al Derecho nacional antes del 15 de septiembre de 2007, con la posibilidad de aplazar hasta el 15 de marzo de 2009 la aplicación de las disposiciones relativas a la conservación de los datos de las comunicaciones relacionadas con el acceso, la telefonía y el correo electrónico por Internet.

El CCBE hace un llamamiento a sus miembros para que soliciten a los legisladores nacionales una respuesta a las preocupaciones de los Abogados a la hora de transponer la Directiva sobre conservación de datos. Con este fin, el CCBE ha redactado unas recomendaciones que podrían ayudar a sus miembros en esta tarea.

Introducción

El CCBE apoya la lucha contra el terrorismo y la delincuencia. Sin embargo, desea mostrar su inquietud a la vista del número creciente de iniciativas adoptadas en el ámbito europeo que, en aras de la lucha contra el terrorismo, violan gravemente los derechos y las libertades fundamentales.

El objetivo de la Directiva sobre conservación de datos es armonizar las leyes de los Estados miembros en materia de conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones. En este sentido, los Estados miembros deben crear un marco jurídico que establezca la obligación de conservar los datos de tráfico y de localización por un periodo que va desde un mínimo de seis meses hasta un máximo de dos años. La información obtenida a través de estos datos de tráfico y de localización reviste su importancia, de ahí el interés que esta legislación suscita en los gobiernos. El hecho de conocer cuándo, dónde, cómo y cuántas veces una determinada persona consulta a un Abogado pone seriamente en cuestión la confidencialidad de la relación Abogado-cliente y el ejercicio mismo del Derecho de defensa.

El CCBE ha mostrado su oposición a esta Directiva sobre conservación de datos ya que por un lado, viola el secreto profesional al no distinguir entre unos datos y otros y por otro, contiene una serie de puntos débiles e incertitudes (que se desarrollan más adelante en este documento). El CCBE ha emitido sus reservas en relación con dos aspectos concretos: (1) el secreto profesional no quedará garantizado cuando los gobiernos puedan acceder a los datos conservados y (2) no se ha establecido la necesidad de obtener una autorización judicial previa para que los gobiernos puedan acceder a esos datos.

El Parlamento Europeo ha mostrado su apoyo al CCBE, en relación con el secreto profesional, a través de una Resolución legislativa adoptada por esta Institución europea al mismo tiempo que se pronunciaba sobre la Directiva de conservación de datos. Uno de los puntos de esta Resolución, de 14 de diciembre de 2005, (P6_TA (2005)0512, A6-0365/2005) subraya la necesidad de garantizar el secreto profesional:

«El Parlamento Europeo (...) 4. Considera que los Estados miembros tienen derecho a aplicar sus principios constitucionales nacionales y considera, en particular, que el secreto profesional también se respetará en el marco de la aplicación de la presente Directiva;»

En relación con la autorización judicial previa, el documento del CCBE establece a continuación, de manera más detallada, el carácter vago y las disfunciones de la Directiva, que hacen que resulte imperativo establecer una autorización judicial previa a fin de proteger los derechos de los ciudadanos.

En consecuencia, el CCBE hace un llamamiento a sus miembros para que preserven, en particular, el secreto profesional y la autorización judicial previa, a la hora de transponer al derecho nacional la Directiva sobre retención de datos.

Recomendaciones

El CCBE invita a sus miembros a hacer un llamamiento a los legisladores nacionales para que:

- 1. garanticen el secreto profesional de los Abogados en el marco del acceso a los datos de tráfico y de comunicación conservados por los gobiernos y otras autoridades competentes;**
- 2. permitan el acceso a esos datos únicamente tras autorización judicial;**
- 3. una vez que el gobierno y las autoridades policiales y judiciales hayan accedido a los datos, éstos sean utilizados y conservados sólo en la medida en que resulte necesario para alcanzar los fines para los que fueron inicialmente conservados y con la protección establecida en el artículo 6 de la Directiva 95/46/CE¹ y en el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 2002/58/CE² ;**
- 4. garanticen un nivel elevado de protección que preserve el respeto a la vida privada y el secreto de las comunicaciones, principios protegidos por los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.**

Contexto:

Conviene señalar que hasta el momento, el objetivo del Derecho comunitario era la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (Directiva 95/46/CE). Esta

¹ Artículo 6

1. Los Estados miembros dispondrán que los datos personales sean:

1. tratados de manera leal y lícita;
 2. recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas;
 3. adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente;
 4. exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse todas las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificadas;
 5. conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un período no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente. Los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas para los datos personales archivados por un período más largo del mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos.
2. Corresponderá a los responsables del tratamiento garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1.

² Article 6

Datos de tráfico

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 5 del presente artículo y en el apartado 1 del artículo 15, los datos de tráfico relacionados con abonados y usuarios que sean tratados y almacenados por el proveedor de una red pública de comunicaciones o de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible al público deberán eliminarse o hacerse anónimos cuando ya no sea necesario a los efectos de la transmisión de una comunicación.

Directiva prohibía la conservación de comunicaciones y de datos de tráfico por otra persona que no fuera el propio usuario o establecía al menos como condición previa para poder conservarlos por un tiempo limitado, en particular a efectos de facturación, la obligación de hacerlos anónimos posteriormente (Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE). En virtud de la Directiva 2002/58/CE, la conservación de datos sigue siendo, en todo caso, una excepción y se limita estrictamente a lo establecido en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE³.

A partir de ahora y en virtud de la nueva Directiva, la conservación de datos será la norma y no la excepción. Las inquietudes del CCBE hacen referencia a (1) la protección del secreto profesional y (2) la autorización judicial así como la seguridad jurídica en relación con el acceso a los datos.

1/ Secreto profesional

Los Abogados muestran su inquietud por las consecuencias que pueda tener esta Directiva, que se aleja del respeto a la vida privada y del secreto de las comunicaciones (violación de los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴). La Directiva omite igualmente el Derecho a la protección de datos de carácter personal (artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Asimismo, niega el carácter confidencial de la relación Abogado-cliente y de manera general el secreto profesional.

Cualquier persona tiene derecho a consultar a un Abogado para pedirle asesoramiento, con la garantía de que las declaraciones realizadas al Abogado se mantendrán en la confidencialidad. Este derecho forma parte de los Derechos y Libertades fundamentales y se deriva de los principios del Estado de Derecho. La negación de este derecho supondría una violación grave del Derecho de defensa. La obligación de respetar el secreto profesional del Abogado va en interés de la Administración de Justicia y del Estado en general. El secreto profesional es un derecho para el cliente y un deber para el Abogado. Sin garantías de confidencialidad, no puede haber confianza y sin confianza el Abogado no puede desarrollar su particular papel en la sociedad.

En su sentencia en el asunto AM&S⁵, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas menciona expresamente que: « *esta confidencialidad responde, en efecto, a la exigencia, cuya importancia ha sido reconocida por la totalidad de los Estados miembros, de que los justiciables tengan la posibilidad de dirigirse con total libertad a su Abogado, profesión que conlleva en sí misma la tarea de prestar, de manera independiente, asesoramiento jurídico a todo aquel que lo necesite* »⁶. Asimismo, añade que « *la protección del secreto de la correspondencia entre Abogado y cliente se basa principalmente en el reconocimiento de la propia naturaleza de la profesión de Abogado, en tanto que contribuye al mantenimiento de la legalidad, en otros Estados miembros, esa misma protección encuentra su justificación en la exigencia más específica- de hecho reconocida igualmente en los otros Estados- del respeto del Derecho de defensa* ». El deber del Abogado de respetar un « *estricto secreto*

³ "Los Estados miembros podrán adoptar medidas legales para limitar el alcance de los derechos y las obligaciones que se establecen en los artículos 5 y 6, en los apartados 1 a 4 del artículo 8 y en el artículo 9 de la presente Directiva, cuando tal limitación constituya una medida necesaria proporcionada y apropiada en una sociedad democrática para proteger la seguridad nacional (es decir, la seguridad del Estado), la defensa, la seguridad pública o la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos o la utilización no autorizada del sistema de comunicaciones electrónicas a que se hace referencia en el apartado 1 del artículo 13 de la Directiva 95/46/CE. Para ello, los Estados miembros podrán adoptar, entre otras, medidas legislativas en virtud de las cuales los datos se conserven durante un plazo limitado justificado por los motivos establecidos en el presente apartado."

⁴ Artículo 8.

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁵ Sentencia del Tribunal de 18 de mayo de 1982, AM & S Europe Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto C-155/79.

⁶ Para asunto nacional importante, conocido asimismo a nivel internacional, ver: Three Rivers District Council and Others v Governor and Company of the Bank of England [2004] UKHL 48.

profesional » fue avanzado ya por el TJCE en el asunto Wouters⁷ como un principio reconocido con carácter general por todos los Estados miembros y como « *una norma esencial para garantizar el correcto ejercicio de la profesión de Abogado* » que los Colegios de Abogados intentan preservar.

La información obtenida a través de los datos de tráfico y de localización es una cuestión importante, de ahí el interés de los gobiernos por una legislación de este tipo. El hecho de poder ver cuándo, dónde, cómo y cuántas veces una persona consulta a su Abogado pone seriamente en cuestión la confidencialidad de las relaciones del cliente con su Abogado y el ejercicio mismo del Derecho de defensa. La confidencialidad debería beneficiarse de la protección del Estado y cabe esperar una mayor protección si cabe de una legislación europea.

2/ Necesidad de autorización judicial previa y de seguridad jurídica en relación con el acceso a los datos.

En esta Directiva, la conservación de datos se autoriza con carácter general con fines de investigación, detección y enjuiciamiento de *delitos graves* (artículo 1(1)). El concepto de “delito grave” no queda nada claro desde un punto de vista jurídico y está abierto a diversas interpretaciones.

En su dictamen del 26 de septiembre de 2005, el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) subraya que una disponibilidad adecuada de determinados datos de tráfico y de localización de los servicios electrónicos públicos puede ser un instrumento decisivo para los servicios policiales y puede contribuir a la seguridad física de las personas. Sin embargo, el SEPD considera que esto no implica automáticamente la necesidad de los nuevos instrumentos previstos en la presente propuesta. El Supervisor Europeo considera que no se ha demostrado todavía de manera adecuada la necesidad de esta nueva obligación de conservación de datos-en su aspecto global.

El artículo 7 sobre la “Protección y seguridad de los datos” no contiene ninguna medida de protección relevante, limitándose a medidas técnicas y organizativas. El artículo habla de « (...) *medidas técnicas y organizativas apropiadas para velar por que sólo puedan acceder a ellos las personas especialmente autorizadas*». Por el contrario, los Estados miembros disponen de una cierta discrecionalidad, a la vez que no se establece ningún parámetro, a pesar de lo señalado en el preámbulo de la Directiva.

No existe ninguna garantía destinada a las personas afectadas por la conservación de datos, únicamente una vaga referencia a la Directiva 95/46/CE y a la posibilidad de obtener reparación en caso de sufrir un perjuicio. De nuevo, este aspecto se deja a la discrecionalidad de los Estados miembros.

Asimismo, el artículo 4 relativo al « acceso a los datos » deja a la discrecionalidad de los Estados miembros la responsabilidad de que se cumplan los requisitos de necesidad y proporcionalidad. Parece poco correcto que se establezca un instrumento jurídico tan agresivo como la Directiva sobre conservación de datos en el ámbito europeo sin establecer al mismo tiempo límites o un nivel adecuado de garantías y de protección jurídica.

La Directiva no prevé ningún procedimiento judicial a seguir a la hora de acceder a los datos y se limita a exigir que «*los datos conservados solamente se proporcionen a las autoridades nacionales competentes, en casos específicos y de conformidad con la legislación nacional (...)de conformidad con los requisitos de necesidad y proporcionalidad (...), de conformidad con las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión o del Derecho internacional público, y en particular el CEDH en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*». En cualquier caso, cualquier ampliación del periodo de conservación de los datos debería requerir la autorización de un juez.

No existe ninguna disposición relativa a las condiciones en las que debe realizarse la conservación ni relativa a las autoridades de control.

⁷ Sentencia del Tribunal de 19 de febrero de 2002, Wouters, asunto C-309/99.

De igual modo, no se establece ningún límite en relación con la duración de conservación de los datos, una vez que se ha accedido a ellos y que se han conservado. El artículo 7(d) establece que los datos se destruirán al término del período de conservación (dos años, en virtud del artículo 6) « excepto los que hayan sido accesibles y se hayan conservado ». Por el contrario, y en virtud del artículo 6 de la Directiva 95/46/CE y del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 2002/58/CE, la legislación nacional que transponga la Directiva sobre conservación de datos debería garantizar que los datos transmitidos por un operador, al gobierno o a una autoridad policial, en el marco del procedimiento judicial previsto a tal efecto, se conserven únicamente por un tiempo no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos. Los datos no pueden ser utilizados por el gobierno o la autoridad policial para fines distintos a los previstos inicialmente.

En virtud del artículo 11, los requisitos establecidos en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE, que recoge las disposiciones del artículo 8(2) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no resultan de aplicación a los datos que deben conservarse de conformidad con la Directiva sobre conservación de datos. El texto del artículo 11 no es suficientemente claro en relación con el hecho de que los Estados miembros no son competentes para adoptar legislación relativa a infracciones penales más allá de la propuesta actual. Ello crea una ambigüedad sobre el resto de competencias de los Estados miembros a la hora de adoptar legislación relativa a la conservación de datos.

Por estas razones, el CCBE cree firmemente que el acceso a los datos debería ir precedido de autorización judicial en todos los casos de referencia.