



**536/14/ES
WP 211**

Dictamen 01/2014 sobre la aplicación de los conceptos de necesidad y proporcionalidad y la protección de datos en el sector de los organismos con funciones coercitivas

Adoptado el 27 de febrero de 2014

Este Grupo de Trabajo se creó en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata de un órgano consultivo europeo independiente en materia de protección de datos y privacidad. Su cometido se describe en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE.

Las labores de secretaría las realiza la Dirección C (Derechos Fundamentales y Ciudadanía de la Unión) de la Comisión Europea, Dirección General de Justicia, B-1049 Bruselas, Bélgica, Despacho nº MO-59 02/013.

Página web: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_es.htm

PARTE I

0.0 Resumen

En vista de la dificultad que entraña pensar en cualquier medida, propuesta o ya en vigor, en materia de controles fronterizos o de aplicación de la ley¹ que pueda suponer una intromisión en la vida privada de un particular sin implicar también el tratamiento de sus datos personales, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (Grupo de Trabajo) ha elaborado el presente dictamen con el objetivo de volver a destacar la importancia de los conceptos de necesidad y proporcionalidad. Si bien los conceptos trascienden del contexto más general de privacidad, resulta importante entender su relación con la protección de datos.

Aunque la Directiva 95/46/CE, en tanto que instrumento anterior al Tratado de Lisboa, no es aplicable en buena medida al espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ), el Grupo de Trabajo recuerda que sus principios son de aplicación general en el ámbito de la protección de datos. Asimismo, los principios aparecen en otros instrumentos, como el Convenio 108, que son aplicables al ELSJ.

El dictamen proporciona orientaciones prácticas dirigidas a los legisladores y autoridades del ELSJ a la hora de proponer nuevas medidas, o de proponer la revisión de otras ya existentes. Para ello, el Grupo de Trabajo ha recurrido a la jurisprudencia y a la experiencia de sus miembros. Habría que tener en consideración lo siguiente:

- la base jurídica de una medida, en particular en virtud del artículo 8, apartado 2, del Convenio Europeo de Derechos Humanos;
- la cuestión específica que se ha de abordar, como su gravedad y las actitudes sociales y culturales;
- los motivos que subyacen a la medida y que estén estrechamente relacionados con las decisiones sobre retención de datos, recogida mínima y calidad de los datos; y
- la necesidad de aportar pruebas suficientes que sustenten los motivos que llevan a adoptar dicha medida.

1.0 Introducción (objetivo y estructura)

1.1 El presente dictamen tiene como objetivo aclarar los conceptos de necesidad y proporcionalidad y su aplicación a medidas propuestas o existentes² a fin de resolver problemas que puedan plantearse en el contexto de la aplicación de la ley a múltiples niveles, a saber, local/regional, nacional o europeo. El presente dictamen va dirigido principalmente a los legisladores y las autoridades, tanto europeas como nacionales,

¹ En este contexto, la definición adoptada por el Grupo de Trabajo engloba toda medida propuesta o existente dirigida a abordar un problema en un contexto de aplicación de la ley. A modo de ejemplo, podría tratarse de un acto legislativo europeo o nacional que tenga como objetivo abordar un problema específico o diversos problemas que se puedan plantear a una agencia del ELSJ en el contexto de la vigilancia de un sospechoso por parte de un organismo con funciones coercitivas.

² En este contexto, la definición adoptada por el Grupo de Trabajo engloba toda medida propuesta o existente dirigida a abordar un problema en un contexto de aplicación de la ley. A modo de ejemplo, podría tratarse de un acto legislativo europeo o nacional que tenga como objetivo abordar un problema específico o diversos problemas que se puedan plantear a una agencia del ELSJ en el contexto de la vigilancia de un sospechoso por parte de un organismo con funciones coercitivas.

encargados de abordar los temas relacionados con el ELSJ³. A modo de aclaración, esto significa las autoridades en el sentido de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos, y las mencionadas en el título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

- 1.2 A nivel europeo, los conceptos de necesidad y proporcionalidad han evolucionado a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relacionada con el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) que establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Aunque la protección de datos es como tal un concepto distinto, y en la actualidad también un derecho fundamental separado y autónomo conforme al artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta), que posee el mismo valor jurídico que los Tratados en virtud del artículo 7 del TFUE, el Grupo de Trabajo desearía llamar la atención sobre el enfoque planteado por el TEDH en virtud del Convenio dada la importancia de la estrecha relación e interacción que mantiene con la protección de datos. Este es especialmente el caso en el contexto del ELSJ.

Siguiendo esta misma lógica, el Grupo de Trabajo examina en primer lugar cómo ha definido el TEDH los conceptos de necesidad y proporcionalidad al tratar el artículo 8 del CEDH antes de abordar el enfoque del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su interpretación de los artículos 7 y 8 de la Carta. A fin de ofrecer cierto asesoramiento práctico, concluimos con el examen de los elementos que hay que tener en cuenta al tomar medidas en materia del ELSJ y extraemos algunas de las lecciones aprendidas del enfoque del TEDH y de la experiencia que el Grupo de Trabajo (y sus miembros) ya tienen en este campo.

El Grupo de Trabajo considera que el presente dictamen ayudará a los legisladores y a las autoridades del ELSJ a estar en mejor posición para entender los elementos que hay que tener en cuenta para evitar que cualquier medida sobre el ELSJ que se adopte en el futuro se limite a aportar «valor añadido» o a «ser útil», en vez de ser necesaria y proporcionada. Huelga decir que esto también les ayudará a cumplir los principios aplicables a la protección de datos.

El presente dictamen también podría ser de utilidad a algunas autoridades nacionales de protección de datos cuando tengan que revisar estos conceptos en un contexto del ELSJ.

- 1.3 El Grupo de Trabajo pretende revisar y, cuando sea necesario, actualizar el presente documento sobre la base de la jurisprudencia futura y de la experiencia relevante de las autoridades nacionales de protección de datos en este ámbito.

³ En el siguiente enlace figura una lista de autoridades relacionadas con el espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ): http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/index_es.htm.

PARTE II

2.0 Marco jurídico de la UE y europeo

2.1 Un examen de la legislación pasada, presente y futura revela que la protección de los datos personales ha evolucionado a partir del derecho a la vida privada, tal como se establece en el artículo 8 del CEDH de 1950. Con el aumento de las nuevas tecnologías y posibilidades de vigilancia, tanto en el sector público como en el privado, se hizo patente la necesidad de aumentar la protección de los particulares frente a terceros (en particular el Estado), además de los derechos «defensivos» reconocidos en el artículo 8 del CEDH, que garantizan que la persona tiene derecho a controlar sus propios datos personales.

La protección de los datos personales fue reconocida como derecho independiente por primera vez en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (Convenio 108), que constituyó una fuente importante de inspiración también para la Directiva 95/46/CE.

Las referencias al derecho a la vida privada en el artículo 1 del Convenio 108 y en el preámbulo y el artículo 1 de la Directiva 95/46/CE muestran que el derecho a la protección de datos está interrelacionado con el derecho a la vida privada.

El derecho a la protección de datos personales ha evolucionado como un derecho independiente en la posterior Carta Europea de los Derechos Fundamentales (la Carta), que, además de reconocer el derecho a la vida privada y familiar en su artículo 7, también prevé un derecho explícito a la protección de datos personales en su artículo 8.

El artículo 52 de la Carta establece el alcance de estos derechos. El artículo 52, apartado 1, determina que cualquier limitación del ejercicio de estos derechos deberá ser establecida por la ley. Dichas limitaciones deberán respetar el principio de proporcionalidad y solo se establecerán cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

El artículo 52, apartado 3, de la Carta prevé que los derechos recogidos tanto en la Carta como en el CEDH, como el derecho a la vida privada y familiar, deberán tener el mismo sentido y alcance que en el CEDH.

También se puede ver el grado de interrelación de estos derechos en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Al aplicar los criterios de necesidad y proporcionalidad en asuntos sobre protección de la intimidad y de los datos, el Tribunal aboga por una lectura conjunta de los artículos 7 y 8 de la Carta⁴.

2.2 Esto demuestra que existe un vínculo claro entre el derecho a la protección de datos y el derecho a la vida privada y familiar establecidos tanto en el CEDH como en la Carta. Dado que las autoridades del ELSJ son de carácter público, estarán sometidas al CEDH y, por lo tanto, en virtud de lo establecido en el artículo 51, apartado 3, de la Carta, el

⁴ TJUE, C-291/12, Schwarz contra Stadt Bochum, Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2013.

concepto de vida privada en un contexto del ELSJ deberá tener el mismo sentido y alcance que el que se le otorga conforme al CEDH.

Esto significa que el sentido, el alcance y la aplicación de conceptos como el de necesidad y proporcionalidad en el ámbito del ELSJ no deben ser inferiores a los otorgados conforme al artículo 8 del CEDH.

PARTE III

3.0 **Qué dice el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la necesidad y la proporcionalidad y el derecho a la vida privada y familiar**

3.1 En vista del vínculo que existe entre la vida privada y la protección de datos como se indica en la parte 2 y dado que ha sido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que ha desarrollado los conceptos de necesidad y proporcionalidad en sus interpretaciones del artículo 8 del CEDH, debemos remitirnos a su jurisprudencia para entender su planteamiento.

3.2 El artículo 8, apartado 1, del CEDH, establece lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.»

Sin embargo, el derecho no es absoluto y el artículo 8, apartado 2, establece los motivos que pueden justificar la injerencia del Estado en el derecho a la vida privada:

«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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

3.3 El TEDH ha establecido tres criterios que hay que cumplir para garantizar que cualquier injerencia sea conforme con el artículo 8, apartado 2. Así pues, toda injerencia debe:

- ser conforme con la ley,
- perseguir los objetivos legítimos establecidos en el artículo 8, apartado 2; y
- ser necesaria en una sociedad democrática

Por lo tanto, para estar justificada, cualquier injerencia en los derechos establecidos en el artículo 8 debe cumplir todos los criterios especificados. A continuación, el Grupo de Trabajo ha resumido o ha remitido a la jurisprudencia relevante del TEDH para intentar aclarar lo que el Tribunal ha dicho sobre cada uno de estos criterios.

3.4 **Criterio 1: Conformidad con la ley**

En el asunto de *MM contra Reino Unido*⁵, el TEDH estableció los criterios que se deben cumplir para que un acto o actividad sea «conforme con la ley». Una actividad debe: tener cierta base en la legislación nacional y ser compatible con el Estado de Derecho; y; la ley debe ser suficientemente accesible y previsible, es decir, debe estar formulada con precisión suficiente para que la persona pueda regular su conducta⁶.

⁵ *MM contra Reino Unido* asunto n° 24029/07 (TEDH de 13 de noviembre de 2012).

⁶ *Huvig contra Francia* asunto n° 11105/84 (TEDH 24 de abril de 1990)

A fin de cumplir estos requisitos, el TEDH indicó que la ley:

«...debe ofrecer una protección jurídica adecuada contra la arbitrariedad y en consecuencia indicar con suficiente claridad el alcance de la facultad de apreciación de las autoridades competentes y la forma de su ejercicio.»⁷

En resumen, una actividad se realizará de conformidad con la ley si tiene una base jurídica (establecida bien en Derecho común o estatutario) y proporciona reglas claras que rijan su funcionamiento. Tales normas deben también, en su caso, establecer con claridad el alcance de cualquier discrecionalidad dada a la autoridad con funciones coercitivas y ofrecer orientaciones sobre la forma en que se debe ejercer tal discrecionalidad y proporcionar las garantías jurídicas apropiadas.

3.6 **Criterio 2: Perseguir un objetivo legítimo**

Este criterio se explica razonablemente por sí mismo, pero está estrechamente relacionado con el requisito de que cualquier injerencia será «necesaria en una sociedad democrática». A fin de perseguir un objetivo legítimo es necesario que una actividad se lleve a cabo en cumplimiento de uno de los objetivos establecidos en el artículo 8, apartado 2, por ejemplo, la prevención o detección de delitos, la protección de los derechos y libertades de los demás, etc.

3.7 **Criterio 3: Necesaria en una sociedad democrática**

En estrecha relación con el criterio anterior, una medida relativa al ELSJ también debe ser «necesaria en una sociedad democrática», si da lugar a una injerencia que persigue alcanzar un objetivo legítimo.

3.8 Ha habido varios asuntos en los que el TEDH ha considerado adecuado examinar el sentido de la frase «necesaria en una sociedad democrática». En *Handyside contra Reino Unido*⁸ el TEDH estableció que «necesario» «...no era sinónimo de indispensable...y tampoco tiene la flexibilidad de expresiones como 'admisible', 'ordinaria', 'útil', 'razonable' o 'deseable'». El TEDH también indicó que: «En este contexto, la necesidad implica la existencia de una necesidad social imperiosa».¹⁰

3.9 Esto es importante, ya que significa que la «necesidad» no debe interpretarse de manera demasiado amplia, puesto que esto haría más fácil que se eludieran los derechos fundamentales. Tampoco debe interpretarse demasiado literalmente, ya que esto elevaría demasiado el listón y complicaría en exceso el justificar actividades que pueden interferir de manera legítima con los derechos fundamentales.

3.10 En el mismo caso, el Tribunal examinó el derecho a la libertad de expresión, a la existencia y la evolución constante de una «sociedad democrática». Estableció que: con esto en mente «cualquier 'formalidad', 'condición', 'restricción' o 'sanción' impuestas...deben ser proporcionales al objetivo legítimo perseguido.»¹¹

⁷ *MM contra Reino Unido* asunto n° 24029/07 (TEDH de 13 de noviembre de 2012).

⁸ *Handyside contra Reino Unido* asunto n° 5493/72 (TEDH, 7 de diciembre de 1976).

⁹ *Handyside contra Reino Unido* asunto n° 5493/72 (TEDH, 7 de diciembre de 1976), apartado 48.

¹⁰ *The Sunday Times contra Reino Unido* asunto n° 6538/74 (TEDH, jueves, 06 de noviembre de 1980), apartado 59.

¹¹ *Handyside contra Reino Unido* asunto n° 5493/72 (TEDH, 7 de diciembre de 1976), apartado 49.

3.11 Por último, el TEDH explicó que su cometido era decidir «...si las razones dadas por la policía para justificar las medidas reales de 'injerencia' son pertinentes y suficientes».¹²

3.12 Hasta ahora ha habido una serie de asuntos ante el Tribunal de Derechos Humanos que se han referido a uno o más de los criterios que el TEDH se ha fijado a la hora de determinar si una medida es «necesaria en una sociedad democrática»¹³.

Necesidad social imperiosa - ¿Se corresponde la injerencia con una necesidad social imperiosa?

Proporcionalidad – ¿Es la injerencia resultante de la medida proporcionada al objetivo legítimo perseguido?

Motivos relevantes y suficientes – ¿Son relevantes y suficientes los motivos dados para justificar la injerencia?

El Grupo de Trabajo explica a continuación el tratamiento dado por el TEDH a cada uno de estos elementos de prueba.

3.13 Prueba 1: Presión social imperiosa

Ya hemos explicado anteriormente que una autoridad del ELSJ podría perseguir un objetivo legítimo de conformidad con el artículo 8, apartado 2, por ejemplo «prevenir, detectar e investigar un delito». Si bien la noción de una «necesidad social imperiosa» es difícil de definir, siempre implicará la identificación, dentro del ámbito más amplio del objetivo legítimo perseguido, de la necesidad social específica que deba abordarse con el fin de proteger la seguridad pública.

3.14 Lo que el Tribunal de Derechos Humanos está esencialmente tratando de apreciar es si la autoridad del ELSJ, por ejemplo, ha identificado la razón por la que es necesaria una injerencia en los derechos a la privacidad de un individuo. Sin embargo, el término «necesidad social imperiosa» implica un mayor nivel de gravedad, urgencia o inmediatez asociado a la necesidad a la que la medida se ha propuesto dar respuesta. Por lo tanto, para definir una presión social imperiosa habrá que tener en cuenta varios factores. Podrían ser factores de orden público, la naturaleza de la cuestión que hay que abordar, etc. Estos factores sin duda influirán en los datos personales que se pueden tratar para hacer frente a ese problema o necesidad social imperiosa.

3.15 Un asunto particular examinado por el TEDH fue el de *Dudgeon contra Reino Unido*¹⁴. El demandante alegó que la legislación vigente en Irlanda del Norte que penaliza la actividad homosexual, independientemente de donde se lleve a cabo, de la edad de las personas involucradas o de si estas han dado su consentimiento o son capaces de darlo, suponía una violación de sus derechos con arreglo al artículo 8 del CEDH.

3.16 Aunque el TEDH aceptó que era necesario que hubiese algún tipo de regulación de toda la actividad sexual, había que determinar si la legislación de Irlanda del Norte, que iba

¹² *Handyside contra Reino Unido* asunto n° 5493/72 (TEDH, 7 de diciembre de 1976), apartado 50.

¹³ Véase por ejemplo *S & Marper contra Reino Unido* asunto n° 30562/04 y n° 30566/04 (TEDH, 4 de diciembre de 2008) apartado 101; *Khelili v Suiza* asunto n° 16188/07 (TEDH, 18 de octubre de 2011); *Klass y otros contra Alemania* asunto n°. 5029/71 (6 de septiembre de 1978); *Leander contra Suecia* asunto n° 9248/81 (TEDH, 26 de marzo de 1987); *Huvig contra Francia* asunto n° 11105/84 (TEDH, 24 de abril de 1990); *Z contra Finlandia* asunto n° 22009/93 (TEDH, 25 de febrero de 1997); *K & T contra Finlandia* asunto n° 25702/94 (12 de julio de 2001).

¹⁴ *Dudgeon v United Kingdom*, asunto n° [7525/76](#) (TEDH, 22 de octubre de 1981).

más allá de la regulación de actividades similares encontrada en otros Estados Parte del CEDH, seguía siendo «necesaria».¹⁵

- 3.17 El TEDH, enlazando de nuevo con los objetivos legítimos esgrimidos como fundamento de la legislación, y también comentando el cambio significativo experimentado en los puntos de vista de las sociedades en materia de homosexualidad desde la aprobación de la legislación, manifestó lo siguiente:

«No se puede mantener en estas circunstancias que haya una 'necesidad social imperiosa' de considerar tales actos como delitos, ya que ni el riesgo de daño a sectores vulnerables de la sociedad que requieren protección ni los efectos en la colectividad constituyen una justificación suficiente.»¹⁶

En resumen, aunque la policía de Irlanda del Norte perseguía un objetivo legítimo, llegado el punto de determinar si las medidas que se habían tomado eran «necesarias en una sociedad democrática» o no, no había podido demostrar al TEDH la existencia de una necesidad social imperiosa¹⁷. Aunque había habido objeciones por parte de ciertos sectores de la sociedad, los puntos de vista más amplios de la sociedad en su conjunto sugerían que ya no había necesidad de que la legislación fuera tan lejos como lo hizo con respecto a las relaciones homosexuales masculinas. Además, no había pruebas suficientes de que las medidas estuvieran justificadas para evitar daños a esos sectores vulnerables de la sociedad o que, si no se tomaban, se habrían producido efectos perjudiciales para el público general.

- 3.18 Por su propia naturaleza, el criterio de la necesidad social imperiosa significa que es variable y que incluye un elemento de subjetividad. Por lo tanto, el contexto y las pruebas serán fundamentales para determinar si se cumple. La gravedad de una necesidad social imperiosa o el efecto negativo, el detrimento o el daño para la sociedad pueden influir en cuán «imperiosa» es dicha necesidad social.

Por ejemplo, puede aceptarse el argumento de que la percepción pública de la delincuencia sexual violenta es más grave/imperiosa que en el caso de un robo. Por lo tanto, se podría aceptar que un mayor nivel de injerencia en la vida privada o en los derechos de protección de datos de una persona puede estar justificado para hacer frente a este delito en particular. Sin embargo, se podría igualmente argumentar que, debido a la prevalencia de los robos, el modo en que se comete este delito, el número de personas afectadas, etc., dicho delito podría ser igual de grave, si no más, en uno o más Estados miembros. Sin embargo, lo importante a la hora de determinar la gravedad será el contexto y las pruebas que defiendan la justificación de las injerencias para luchar contra estos delitos.

- 3.19 Teniendo en cuenta lo anterior, y después de revisar gran parte de la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos en este campo, se ofrece a continuación una serie de

¹⁵ *Dudgeon contra Reino Unido*, asunto n° [7525/76](#) (TEDH de 22 de octubre de 1981) «...to preserve public order and decency [and] to protect the citizen from what is offensive or injurious...to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are especially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of special physical, official or economic dependence».

¹⁶ *Dudgeon contra United Kingdom*, asunto n° [7525/76](#) (TEDH de 22 de octubre de 1981) apartado 60.

¹⁷ Véase también a este respecto *Khelil contra Suiza*, asunto n° 16188/07 (TEDH de 18 de octubre de 2011).

factores (y no es una lista exhaustiva) que el TEDH ha destacado como importantes a la hora de valorar una «necesidad social imperiosa»:

- ¿Está la medida intentando abordar un problema que, si no se aborda, podría dar lugar a daños o tener efectos perjudiciales en la sociedad o una parte de la misma?
- ¿Hay pruebas de que la medida podría mitigar dicho daño?
- ¿Cuál es la opinión general (aspectos sociales, históricos o políticos, etc) de la sociedad sobre el tema en cuestión?
- ¿Se han tenido debidamente en cuenta las opiniones/objeciones con respecto a una medida expresadas por la sociedad?

3.20 Prueba 2: Proporcionalidad

La segunda prueba (proporcionalidad), tal como la establece el TEDH, esencialmente requiere que una medida que interfiera con un derecho del CEDH debe ir más allá de lo necesario para cumplir con el objetivo legítimo que se persigue.

- 3.21 Dos asuntos notables examinados por el TEDH sobre la cuestión de la proporcionalidad en el ámbito de la legislación sobre privacidad son *Z contra Finlandia*¹⁸ y *S & Marper contra Reino Unido*¹⁹. En el asunto de *S & Marper*, los demandantes afirmaban que la retención de sus muestras de ADN y huellas dactilares por parte de la policía constituía una injerencia injustificada en sus derechos contemplados en el artículo 8. En *Z*, el tema era que la información personal del demandante (incluido su estado de salud) se había divulgado públicamente.
- 3.22 En ambos casos, el TEDH aceptó que las actividades en cuestión perseguían el objetivo legítimo de la prevención o detección de delitos o desórdenes. A continuación, el TEDH pasó a examinar si las actividades eran «necesarias en una sociedad democrática».
- 3.23 En vista de esto, el TEDH consideró que los motivos dados no eran ni relevantes ni suficientes para anular el interés del demandante en que se mantuviera la confidencialidad de los datos.
- 3.24 En el asunto *S & Marper*, el TEDH criticó la «naturaleza amplia e indiscriminada»²⁰ del poder empleado para obtener y retener las muestras de ADN. Señaló que no se había tenido en consideración «la naturaleza o gravedad del delito»²¹ ni «la edad del presunto delincuente»²² y comentó que la retención no estaba limitada en el tiempo, independientemente de la naturaleza o gravedad del delito. También se hizo hincapié en la falta de garantías, en concreto las «limitadas posibilidades de que dispone un individuo absuelto para eliminar los datos»²³ y la falta de un control independiente de la justificación esgrimida para retener las muestras.

¹⁸ *Z contra Finlandia*, asunto n° 22009/93 (TEDH, 25 de febrero de 1997).

¹⁹ *S & Marper contra Reino Unido*, asunto n° 30562/04 y 30566/04 (TEDH, 4 de diciembre de 2008).

²⁰ *S & Marper contra Reino Unido*, asunto n° 30562/04 y 30566/04 (TEDH, 4 de diciembre de 2008) apartado 119.

²¹ *S & Marper contra Reino Unido*, asunto n° 30562/04 y 30566/04 (TEDH, 4 de diciembre de 2008) apartado 35.

²² *S & Marper contra Reino Unido*, asunto n° 30562/04 y 30566/04 (TEDH, 4 de diciembre de 2008) apartado 119.

²³ *S & Marper contra Reino Unido*, asunto n° 30562/04 y 30566/04 (TEDH, 4 de diciembre de 2008) apartado 119.

3.25 Los factores considerados por el TEDH en los dos asuntos demuestran la amplia gama de factores que pueden ser relevantes a la hora de valorar la proporcionalidad de una medida. El asunto *S & Marper* en particular demuestra que es poco probable que una medida amplia, incluso aunque se pueda demostrar que tiene un objetivo legítimo, cumpla el aspecto de la proporcionalidad de ser «necesaria en una sociedad democrática».²⁴

3.26 Teniendo en cuenta lo anterior, y después de revisar gran parte de la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos en este campo, se ofrece a continuación una serie de factores (y no es una lista exhaustiva) que el TEDH ha destacado como importantes a la hora de valorar la «proporcionalidad»:

- **Medidas existentes frente a medidas propuestas**

También hay que señalar que este factor podría encajar con la noción de necesidad en su sentido más estricto. Al examinar si una medida propuesta es necesaria (ya sea mediante la sustitución o la adición a las medidas existentes), una manera de valorar este enfoque es revisar primero la eficacia de las medidas existentes con respecto a la medida propuesta. Esto se puede hacer examinando una medida existente/propuesta concreta o adoptando un enfoque holístico de las medidas existentes. Si la medida propuesta cumple realmente el aspecto de la necesidad, también debe superar la prueba de si es o no proporcionada y, para ello, se pondera el objetivo legítimo que persigue la medida propuesta y la necesidad social imperiosa identificada con respecto a los derechos y libertades del derecho del derecho a la vida privada del sujeto.

Sin embargo, cualquiera que sea la manera en que se lleve a cabo esta evaluación, debería explicarse con pruebas por qué las medidas existentes ya no son suficientes para satisfacer esta necesidad. Debe ser posible demostrar de forma clara cómo la medida propuesta va a abordar la necesidad social imperiosa y, para ello, se deberán aportar pruebas. Podrían incluirse pruebas basadas en ejemplos de dónde se ha usado la medida con anterioridad en las mismas circunstancias o similares y si ha resultado ser eficaz. Si la razón por la que se propone la nueva medida es remediar deficiencias en la eficacia de las medidas, entonces esto también se debería explicar claramente y probar.

En este punto, se debería aportar una explicación de qué otras medidas se tuvieron en consideración y si se observó que estas fueran más o menos intrusivas en la vida privada. Si se rechazaron otras medidas, se deberá indicar cuáles se consideraron que eran menos intrusivas y explicar de manera justificada por qué esta medida no se eligió para su aplicación²⁵.

- **Alcance - ¿Está suficientemente limitado al alcance de las medidas propuestas?**

Esto puede cubrir el número de personas afectadas por la medida o la cantidad de información recogida o el período durante el cual se conservará esa información. El alcance puede abarcar la totalidad, parte o ninguno de estos elementos en función de

²⁴ Véase también a este respecto *Campbell contra Reino Unido* asunto n° 3578/05 (TEDH, 27 de marzo de 2008).

²⁵ Para ayudar con este proceso, podría ser útil remitirse a los trabajos del Grupo sobre evaluaciones del impacto en la vida privada.

la naturaleza de la medida en cuestión.

- **Garantías - ¿Qué medidas existen para garantizar los derechos fundamentales?**

El término garantías en este contexto también es amplio y puede cubrir, por ejemplo, las medidas adoptadas para limitar el alcance de una medida, o restricciones sobre cuándo y cómo se puede ejercer dicha medida. Como alternativa, también podría implicar alguna otra decisión objetiva anterior a la aplicación de la medida en cuestión. Las garantías también pueden cubrir los derechos de recurso otorgados a particulares frente a una medida concreta o sus efectos y el alcance de estos derechos.

- **Naturaleza de la injerencia**

Esto podría incluir el tipo de información que se recoge, el contexto en que la medida deberá aplicarse o la naturaleza de la actividad objeto de la medida. En el asunto *Dudgeon*, el TEDH hizo hincapié en la naturaleza especialmente sensible de la actividad que se ve afectada, así como las circunstancias en que se aplicó la medida. Mientras que la sensibilidad de la actividad o la información en cuestión serán relevantes, es igualmente relevante considerar si una medida se aplicará en circunstancias en que las personas pueden tener unas expectativas elevadas de respeto de su intimidad. Por ejemplo, las consideraciones de privacidad en términos de contexto son muy diferentes al instalar cámaras de circuito cerrado de televisión en la vía pública en oposición a su instalación en baños o salas de hospital.

- **Gravedad de la necesidad social imperiosa y daño o perjuicio asociados o efecto sobre la colectividad**

Así como la naturaleza de la injerencia, incluidos los tipos de actividad afectados o la información recopilada, son consideraciones pertinentes, también lo es la naturaleza de la necesidad social imperiosa que se debe abordar. Cuando más grave sea el problema o más grave o mayor sea el daño o perjuicio al que la sociedad podría estar expuesta, más justificada estará una injerencia.

El Estado miembro, en virtud del CEDH, siempre tiene un margen de apreciación al identificar una necesidad social imperiosa y el nivel de injerencia ejercido al perseguir un objetivo legítimo. El TEDH ha dejado claro que, al evaluar este margen, siempre estará sujeto a control judicial, en especial a las garantías existentes²⁶.

Un objetivo general válido en el sentido del artículo 8, apartado 2, podría incluir la necesidad de evitar o detectar un delito o desorden. Se podría argumentar que, en términos generales, la prevención o detección de delitos en general es en sí misma una necesidad social imperiosa y, por lo tanto, cualquier actividad llevada a cabo para este fin siempre aborda una necesidad social imperiosa. Sin embargo, incluso si esto fuera cierto, todavía sería necesario, para evaluar la proporcionalidad, identificar el delito específico que una medida estuviera destinada a prevenir/detectar, y, al mismo tiempo, tener en cuenta el daño, perjuicio o riesgo a que el público estaría expuesto si este problema no se abordara.

²⁶ *Klass y otros contra Alemania*, asunto n° 5029/71, (TEDH, 6 de septiembre de 1978).

3.27 Prueba 3: Motivos pertinentes y suficientes

La tercera prueba del TEDH deja claro que una injerencia debe estar justificada por razones pertinentes y suficientes vinculadas a los requisitos de las dos pruebas anteriores. Concluir que hay razones pertinentes y suficientes para justificar la injerencia es más fácil solo si tiene en cuenta la existencia o no de una necesidad social imperiosa y si la medida propuesta o adoptada es la más proporcionada. Sin embargo, además de realizar su propio análisis o como alternativa, una autoridad o legislador del ELSJ podrá recurrir a investigaciones, estudios u otra información para motivar su razonamiento.

3.28 Un ejemplo de la medida en que debe demostrarse que existen razones pertinentes y suficientes se encuentra en el asunto *K y T contra Finlandia*²⁷. En este caso, los demandantes recurrieron la decisión de las autoridades locales en Finlandia de retirarles la custodia de sus dos hijos y enviarlos a un centro de acogida y las restricciones de visita que les impusieron. En su fallo, el TEDH consideró que las autoridades, aunque se trataba de dos hijos de la misma familia, habían proporcionado motivos suficientes y pertinentes para demostrar la medida que habían adoptado en el caso de uno de los menores, pero no en el otro.

3.29 Qué dice el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los conceptos de necesidad y proporcionalidad y el derecho a la vida privada y familiar

3.30 Aparte del exhaustivo análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 del CEDH presentada hasta el momento, el Grupo de Trabajo desea también llamar la atención sobre los esfuerzos más recientes realizados por el TJUE para aplicar las pruebas de necesidad y proporcionalidad en relación con los artículos 7 y 8 de la Carta. En su asunto *Schwarz*²⁸, el TJUE desarrolló un método para evaluar si el ejercicio de los derechos derivados de los artículos 7 y 8 de la Carta se había visto restringido de manera indebida. El TJUE comienza su análisis con el artículo 52, apartado 1, y reitera que las limitaciones a los derechos fundamentales:

- *deben estar previstas por ley,*
- *deben respetar el contenido esencial de tales derechos,*
- *y, con observancia del principio de proporcionalidad, deben ser necesarias, y*
- *responder efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. (apartado 34 de la sentencia).*

3.31 Al examinar en más profundidad la cuestión de la proporcionalidad y la necesidad, el TJUE indicó que «ha de comprobarse si las limitaciones de los citados derechos son proporcionadas con respecto a los objetivos» y «a los fines» (de la legislación pertinente). «Debe examinarse si los medios empleados por dicho Reglamento permiten alcanzar esos objetivos y no van más allá de lo necesario para alcanzarlos (véase el apartado 40 de la sentencia)».

²⁷ *K y T contra Finlandia*, asunto n° 25702/94 (TEDH, 12 de julio de 2001).

²⁸ *Michael Schwarz contra Stadt Bochum*, TJUE, C-291/12, (TJUE, 17 de octubre de 2013), no publicado. El demandante cuestionaba la negativa de las autoridades de la ciudad alemana de Bochum a expedirle un pasaporte (UE) a menos que tuviera almacenadas en dicho pasaporte dos huellas digitales. Esta obligación tiene su origen en el Reglamento (CE) n° 2252/2004, de 13 de diciembre de 2004, sobre normas para las medidas de seguridad y datos biométricos en los pasaportes y documentos de viaje.

Asimismo, en el apartado 46 de la sentencia el Tribunal afirmó que: «En lo tocante, seguidamente, al examen del carácter necesario de ese tratamiento, el legislador está obligado concretamente a verificar si se pueden concebir medidas que vulneren en menor medida los derechos reconocidos por los artículos 7 y 8 de la Carta, sin dejar por ello de contribuir eficazmente a los objetivos de la normativa de la Unión controvertida».

3.32 Más recientemente, el Abogado General del TJUE, Pedro Cruz Villalón, en diciembre de 2012 dio a conocer sus conclusiones sobre las acciones iniciadas en Irlanda y Austria contra la Directiva 2006/24/CE sobre retención de datos en los asuntos C-293/12 y C-594/12. En sus observaciones manifestó que, aunque la Directiva perseguía un objetivo legítimo, seguía siendo innecesaria debido a que « [es incompatible] con el principio de proporcionalidad en la medida en que exige a los Estados miembros que garanticen que los datos se conserven durante un período de hasta dos años.²⁹» Por lo tanto, la Directiva es innecesaria debido a la falta de motivos pertinentes y suficientes para el periodo de conservación de dos años. Esto ha dado lugar a una intromisión desproporcionada en la vida privada de clientes cuyos datos estaban siendo conservados, sin ninguna sospecha, por un período máximo de dos años.

3.33 **Resumen**

Es importante destacar que el TEDH ha puesto de manifiesto que el incumplimiento de los tres criterios supondrá que no se cumple el criterio de la necesidad.

Por lo tanto, a fin de garantizar que cualquier medida del ELSJ constituye una injerencia necesaria en el derecho individual a la vida privada y familiar, habrá que analizar cada uno de los tres criterios, a saber, ser conforme con la ley; objetivo legítimo y medida necesaria en una sociedad democrática (y, en este caso, superar también las tres pruebas).

Lo que se desprende también de la jurisprudencia es que existe una relación entre vida privada y protección de datos, que requerirá una lectura conjunta de las dos disposiciones. En las partes IV y V, el Grupo de Trabajo analiza en más detalles esta relación.

²⁹ Comunicado de prensa relativo a las conclusiones del Abogado General: http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-13-157_es.htm.

4.0 Establecimiento del vínculo entre vida privada y protección de datos

Como se desprende claramente del artículo 52, apartado 3, de la Carta, cualquier interpretación del artículo 7 de la Carta debería tener el mismo sentido que el artículo 8 del CEDH. La protección de los datos personales es también un derecho fundamental inscrito en el artículo 8 de la Carta, y en el artículo 16 del Tratado de Lisboa se establecen disposiciones específicas sobre su aplicación. En la actual Directiva 95/46/CE sobre protección de datos y en la Decisión Marco JAI/2009/977 relativa a la protección de datos se establecen normas específicas que regulan ese derecho. Aunque la Directiva 95/46/CE no cubre necesariamente todas las autoridades del ELSJ en todos los Estados miembros, sus principios (derivados del Convenio 108) son de aplicación general. Dado que es complicado imaginar que muchas medidas del ELSJ supongan una injerencia en la vida privada sin implicar también el tratamiento de datos personales, a la hora de proponer, aplicar o revisar cualquier medida del ELSJ habrá que tener en cuenta tanto los derechos como el conjunto de normas que los protegen.

- 4.1 Al examinar una medida del ELSJ, es necesario tener en cuenta varios factores para garantizar que cumple con las normas en materia de protección de la vida privada y protección de datos. Como ocurre con los derechos fundamentales, las limitaciones al derecho a la vida privada y al derecho a la protección de datos están sujetos a los requisitos del artículo 52, apartado 1, de la Carta. «Dentro del respeto del principio de proporcionalidad solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

El término «necesarias» también aparece en la legislación secundaria, por ejemplo, el artículo 3 de la Decisión Marco sobre protección de datos. A reserva de las distintas consideraciones sobre la aplicación de la Directiva en el contexto del ELSJ, cabe señalar que el término «necesarias» también se usa profusamente en toda la Directiva y, tal vez lo que es más importante, en los artículos 6 y 7 que establecen los criterios para legitimar el tratamiento de datos. Dada la relevancia del aspecto de la necesidad en el contexto del ELSJ, resulta de particular importancia el artículo 7, letra e), que establece que el tratamiento de datos será legítimo «si es **necesario** para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos».

A este respecto, el término «necesario» de la Directiva contempla una garantía importante en relación con la legitimación del tratamiento de datos personales, y en virtud del artículo 13, debería contemplarse como una salvaguarda que *limita* cualquier tratamiento de datos a los fines establecidos en dicho artículo.

4.2 Además, con respecto al tratamiento de datos en el contexto del ELSJ, el TJUE ha sido explícito sobre el concepto de necesidad y de la pertinencia de un enfoque coherente para su aplicación y su impacto en la protección de los datos. A este respecto, indicó: «Habida cuenta del objetivo de la Directiva 95/46/CE consistente en equiparar el nivel de protección en todos los Estados miembros, el concepto de necesidad, tal como resulta del artículo 7, letra e), de la misma Directiva, no puede tener un contenido variable en función de los Estados miembros.»³⁰

Aunque la jurisprudencia del TJUE sobre esta relación es menos pródiga, sus decisiones son en buena medida coherentes con el enfoque del TEDH. Por lo tanto, adoptar el planteamiento del TEDH para el concepto de necesidad debería constituir un enfoque coherente para su aplicación en un contexto de protección de datos.

³⁰ Huber C-524/06 Huber contra Alemania, TJUE (16 de diciembre de 2008)
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76077&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=30432>.

5.0 Garantizar la conformidad de las medidas del ELSJ con las normas sobre protección de la vida privada y protección de datos

La protección de la vida privada y la protección de datos son dos conceptos diferentes. Sin embargo, a menudo están interrelacionados. Así pues, hay que tener en cuenta a los dos a la hora de intentar aplicar medidas del ELSJ que les afecten.

El TEDH ha dejado claro su planteamiento a la hora de abordar el aspecto de la vida privada de dichas medidas, como se ha indicado anteriormente. El TJUE también ha dictado sus primeras sentencias que aplican la prueba de la necesidad y la proporcionalidad en asuntos de protección de la vida privada y protección de datos. A continuación, el Grupo de Trabajo tratará algunos casos concretos en los que se puso y se pone en tela de juicio la necesidad y la proporcionalidad de la legislación sobre protección de los datos personales. Los ejemplos se estructuran siguiendo cuatro principios clave de la protección de datos, tal como se expresan en la Directiva: tratamiento de manera leal y lícita, fines limitados y reducción de la cantidad de datos y su conservación. El Grupo de Trabajo se refiere a la Directiva, aunque se trate de un instrumento previo al Tratado de Lisboa, que no se aplica en buena medida al ELSJ. Sin embargo, el Grupo de Trabajo recuerda que sus principios son de aplicación general en materia de protección de datos, dado que aparecen en otros instrumentos como el Convenio 108 y la Decisión Marco sobre protección de datos, que se aplican al ELSJ.

5.1 Tratamiento de datos de manera leal y lícita

El primer principio de la Directiva se expresa en el artículo 6, apartado 1, letra a), del siguiente modo:

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

a) tratados de manera leal y lícita;

5.2 Una autoridad del ELSJ debe tener un marco legal (codificado o Derecho consuetudinario/estatutario) para asegurar que los poderes que ejerce son legítimos. Es de particular importancia en una jurisdicción codificada que la autoridad del ELSJ tenga una base legal para ejercer poderes específicos a fin de llevar a cabo sus funciones en la persecución de dicho objetivo legítimo. A fin de garantizar el pleno cumplimiento del concepto «de manera lícita» en términos de protección de datos, se recomienda tener en cuenta los elementos de las tres pruebas del TEDH con respecto a si una medida es «necesaria en una sociedad democrática» como forma útil de asegurar también que se cumplan las normas de protección de datos.

5.3 Por ejemplo, en *Dudgeon contra Reino Unido*³¹, no se ponía en tela de juicio que la policía hubiera actuado de conformidad con la ley o que estuviera persiguiendo un objetivo legítimo. Sin embargo, la policía no había podido demostrar que las medidas que se habían adoptado para invadir la vida privada del demandante fueran «necesarias en una sociedad democrática». El Grupo de Trabajo adoptó un enfoque similar al emitir su dictamen sobre las propuestas de la Comisión Europea relativas a las fronteras inteligentes. La Comisión identificó cuatro objetivos principales que hay que abordar y que requerirían el tratamiento de datos de millones de ciudadanos. Sin embargo, el

³¹ *Dudgeon contra Reino Unido*, asunto nº 7525/76 (TEDH, 23 de septiembre de 1981).

Grupo de Trabajo concluyó que no había suficientes pruebas para indicar de qué manera las propuestas de la Comisión iban a conseguir los objetivos expuestos. Desde la perspectiva de la protección de datos, la Comisión no había podido definir con suficiente claridad su propósito relativo al tratamiento de los datos, lo que provocó que tampoco se cumplieran los principios de minimización/conservación de los datos. Desde una perspectiva más general, las propuestas no eran una respuesta proporcionada a la necesidad social imperiosa identificada y, en última instancia, al objetivo legítimo perseguido. Desde cualquiera de las dos perspectivas, las medidas, si llegaran a adoptarse, también habrían sido ilícitas.

- 5.4 En el Reino Unido, la Directiva sobre protección de datos se ha transpuesto de tal modo que todos los cuerpos de seguridad también están sujetos a sus disposiciones. Como tal, en julio de 2013, la autoridad británica en materia de protección de datos adoptó una medidas de ejecución oficiales contra fuerzas del orden por haber utilizado el sistema de reconocimiento automático de matrículas de conducir (ANPR, por sus siglas en inglés) para cubrir todas las carreteras de acceso y salida de un pequeño pueblo en Hertfordshire, Inglaterra. En este caso, el tratamiento de datos personales era conforme en general con los requisitos de la legislación nacional en la materia. La policía estaba cumpliendo las normas nacionales pertinentes sobre conservación, estaba tratando los datos recopilados con fines policiales y no estaba tratando datos irrelevantes o imprecisos en relación con dicho fin.

Sin embargo, sigue siendo necesario realizar un tratamiento de los datos personales que sea «lícito» y conforme con otros derechos y obligaciones contemplados en la ley, incluido el derecho a la vida privada. Siguiendo este razonamiento del TEDH, la autoridad británica en materia de protección de datos, tras una inspección más pormenorizada, observó que la policía no había identificado debidamente una necesidad social suficientemente imperiosa para justificar el nivel de injerencia en la vida privada de tantas personas (inocentes). Tampoco había pruebas que demostraran debidamente cómo la utilización del sistema de reconocimiento automático de matrículas a tan gran escala en una zona con tan baja tasa de delincuencia podría ayudar de manera significativa a abordar los problemas que la policía había identificado. Por lo tanto, la autoridad británica de protección de datos concluyó que la medida constituía una injerencia injustificada en la vida privada de las personas en línea con lo establecido en la Carta y en el CEDH. Por tanto, el tratamiento era ilícito a efectos de la legislación sobre protección de datos.

- 5.5 Así pues, a fin de garantizar el tratamiento de los datos de manera leal y lícita, una medida del ELSJ debe ser conforme con la ley y formar parte de un objetivo legítimo perseguido de conformidad con el artículo 8 del CEDH. No obstante, también debe ser necesaria en una sociedad democrática. De nuevo, según las pruebas establecidas por el TEDH, la medida debería ser conforme no solo con el derecho a la vida privada, sino también con el principio de un tratamiento de datos leal y lícito.

5.6 Principios de limitación de finalidad y de reducción de la cantidad de datos

Aunque los principios de limitación de la finalidad y de reducción de la cantidad de datos son distintos, a menudo están interrelacionados. Por este motivo, el Grupo de Trabajo los trata de manera conjunta. La Directiva establece estos principios en el artículo 6, apartado 1, letras b) y c), respectivamente:

b) 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;

c) adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente;

- 5.7 El principio de la limitación de la finalidad³² consiste en intentar entender *el motivo* por el que se tratan determinados datos personales. Esto significa que hay que ser todo lo específico que sea posible sobre los fines para los que una medida propuesta podría autorizar la recopilación y el tratamiento de datos personales. De esta manera, también debería contribuir a un mejor cumplimiento del principio de reducción de datos. El principio de reducción de datos existe para garantizar que solo se trata la cantidad mínima de datos personales necesarios para conseguir el objetivo perseguido. Estos principios de la protección de datos están estrechamente vinculados con el concepto de proporcionalidad en un contexto de privacidad. Pero de nuevo, al cumplir estos principios se contribuye a alcanzar el de necesidad en términos generales. El Abogado General Poiars Maduro (2008) lo dejó claro en sus observaciones: «El concepto de necesidad [...] está consolidado como parte del criterio de la proporcionalidad. Ello quiere decir que la autoridad que adopte una medida que choque con un derecho protegido por el Derecho comunitario para conseguir un objetivo legítimo habrá de demostrar que la medida es la menos restrictiva para el logro de dicho objetivo».³³
- 5.8 En su dictamen sobre la propuesta de la Comisión Europea sobre el programa «Fronteras inteligentes», el Grupo de Trabajo reiteró que una limitación de finalidades insuficientemente definida, en combinación con la falta de pruebas para demostrar que la medida propuesta podría hacer frente a una necesidad social imperiosa, no sería conforme con la protección de datos. Sobre el sistema de entradas y salidas (EES), en particular, que implicaba el tratamiento de datos de millones de ciudadanos, el Grupo de Trabajo observó que: « [El EES]... podrá detectar algunos casos de sobrepasamiento pero no abordar las causas subyacentes. Por sí solo no dispone de medios para reducir el número de personas que sobrepasan el periodo de estancia autorizado, salvo quizás funcionar como suave disuasorio.»³⁴
- 5.9 Otro ejemplo en el que se plantearon tales dudas fue en relación con la Directiva sobre conservación de datos. El Grupo de Trabajo expresó su preocupación por el hecho de que la conservación general de todos los datos personales en manos de proveedores de telecomunicaciones de la UE durante un periodo de dos años durante los cuales las

³² Enlace al Dictamen del Grupo de Trabajo del artículo 29 sobre la limitación de las finalidades: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/Art.-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_es.pdf.

³³ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=71021&doclang=ES>, apartado 27.

³⁴ Dictamen 05/2013 sobre el programa «Fronteras inteligentes» (WP 206).

autoridades del ELSJ podían acceder a ellos era una injerencia desproporcionada en el derecho a la vida privada. También se argumentó que la Directiva sobre conservación de datos carecía de suficiente claridad y que supondría una infracción del principio de limitación de finalidades. El Grupo de Trabajo también propuso medidas alternativas más proporcionadas como los procedimientos «quick freeze» (de congelación rápida) como medio para ofrecer una forma menos invasora de la intimidad a fin de alcanzar los objetivos de la propuesta y concluyó que la propuesta debería incluir una evaluación periódica y cláusulas de extinción³⁵.

- 5.10 Otros dos ejemplos que tratan el tema de la limitación de la finalidad y la proporcionalidad se pueden encontrar en asuntos tramitados por las autoridades de protección de datos a nivel nacional, uno examinado por la autoridad competente maltesa y la otra por la autoridad competente italiana. Los dos casos ponen de manifiesto por qué es tan importante que se aporten motivos específicos para tratar datos personales, en particular si la medida del ELSJ requiere el tratamiento de datos personales de personas no sospechosas.

La policía maltesa solicitó acceso general y directo a datos de geolocalización de telecomunicaciones para investigar una serie de ataques incendiarios en la isla. Aunque la autoridad de protección de datos y las autoridades judiciales autorizaron dicho acceso, el tribunal de apelación de Malta decidió que las medidas no eran proporcionadas. El tribunal decidió que la solicitud de acceso a los datos era demasiado vaga y amplia y que tendría como consecuencia el tratamiento de datos de personas inocentes. Por lo tanto, se habría tratado de una injerencia desproporcionada en su derecho a la vida privada. La solicitud fue considerada ilícita porque no estaba suficientemente definida. Por lo tanto, era desproporcionada y no necesaria.

- 5.11 En Italia, la policía propuso varias medidas para luchar contra los radicales en el fútbol. La autoridad de protección de datos italiana dictaminó que, a la luz de los recurrentes desórdenes públicos que tenían lugar en los campos de fútbol italianos, se debería autorizar la instalación de cámaras de circuito cerrado en dichos campos. Sin embargo, en el mismo caso, concluyeron que no se habían aportado suficientes motivos y pruebas que justificaran la instalación de un sistema de entradas personalizadas para los partidos, lo que crearía una enorme base de datos de personas que asistían a los partidos. Por lo tanto, concluyeron que la medida propuesta era desproporcionada para luchar contra los desórdenes públicos. No obstante, en un caso similar acontecido en la República Checa en relación con la aplicación de salvaguardas para limitar el alcance de los sistemas de entradas personalizadas, dichas medidas se consideraron proporcionadas. La autoridad de protección de datos checa garantizó que solo determinados partidos considerados los más problemáticos (con pruebas) podían someterse a la obligación de entradas personalizadas.

- 5.12 Visto desde la perspectiva de la intimidad, podría argumentarse que el Grupo de Trabajo no estaba convencido de que la propuesta de la Comisión sobre el programa de fronteras

³⁵ Dictamen 5/2002 sobre la Declaración de los Comisarios Europeos responsables de protección de datos (WP64) en la Conferencia Internacional celebrada en Cardiff (9-11 de septiembre de 2002) sobre la retención sistemática obligatoria de datos sobre tráfico de telecomunicaciones; Dictamen 4/2005 sobre la propuesta de Directiva sobre la conservación de datos tratados en relación con la prestación de servicios públicos de comunicación electrónica y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE (COM(2005)483 final de 21.09.2005).

inteligentes fuera necesaria porque: a) no se habían tenido suficientemente en cuenta las medidas existentes, y b) con respecto al EES en particular, habría sido una respuesta desproporcionada a las necesidades sociales imperiosas identificadas, dado que no las habría abordado de manera adecuada. Desde el punto de vista de la protección de datos y en relación con la definición imprecisa de su finalidad, la propuesta sobre las fronteras inteligentes significaba que dicho tratamiento no era adecuado ni pertinente, sino que era excesivo y daba lugar a un almacenamiento de los datos más prolongado de lo necesario.

A fin de conseguir cumplir el criterio de proporcionalidad establecido por el TEDH con respecto a la necesidad «en una sociedad democrática», cualquier medida debe ser una respuesta proporcionada para abordar una necesidad social imperiosa, al tiempo que garantiza que se aportan suficientes pruebas para apoyar este planteamiento. Sin embargo, desde una perspectiva de protección de datos, el elemento fundamental es el alcance que debe tener el tratamiento de los datos personales de un individuo como parte de una medida del ELSJ. A fin de cumplir los dos criterios, se debería hacer hincapié en la necesidad de que la finalidad sea lo más específica posible. Solo de este modo, cualquier tratamiento de datos personales se entendería y contaría con una definición específica, lo que reduciría el riesgo de recopilar más datos de los necesarios para cumplir el objetivo especificado. Por lo tanto, una medida del ELSJ clara es vital para garantizar que la medida elegida es no solo proporcionada, sino también que cualquier tratamiento de datos personales requiere la mínima cantidad de datos posible para cumplir su objetivo. Además, siempre y cuando haya suficientes justificaciones para dicha medida, el cumplimiento de los artículos 7 y 8 de la Carta, del artículo 8 del CEDH, de la Directiva 95/46/CE y de la Decisión Marco sobre protección de datos está garantizado.

5.13 Conservación de datos

La Directiva expresa el principio de la protección de datos relativo a la conservación en el artículo 6, apartado 1, letra e): «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».

Del mismo modo que el principio de la reducción de datos requiere que se recopile y se trate la mínima cantidad de datos para conseguir el propósito del tratamiento de datos, el principio de conservación de datos pide que los datos se archiven durante un período mínimo de tiempo.

5.14 La jurisprudencia del TEDH demuestra claramente que conservar los datos más tiempo del necesario no permitirá cumplir los tres criterios contenidos en la idea de «necesaria en una sociedad democrática» (véase *S Marper contra Reino Unido*³⁶). La conservación de datos personales no solo invoca normas de protección de datos, sino que también supone una injerencia en la vida privada de las personas.

5.15 La falta de motivos suficientes y pertinentes, de proporcionalidad y de un vínculo claro con la necesidad social imperiosa de conservar datos personales —en particular los de personas que no están bajo sospecha— son temas recurrentes que han sido destacados

³⁶ *S. y Michael Marper contra Reino Unido* (n° 30562/04 y 30566/04).

como motivo de preocupación por parte del Grupo de Trabajo y otras instancias en los últimos años. Así ocurre en asuntos como los registros de nombres de los pasajeros (PNR)³⁷ y el Programa de Seguimiento de la Financiación del Terrorismo (TFTP).

- 5.16 La cuestión específica de la evaluación periódica de la necesidad de conservar los datos y durante cuánto tiempo es necesario conservarlos se recogió en el informe de inspección anual de Europol de 2012: «El tratamiento de los datos personales de un grupo de 96 anarquistas no violentos considerados por el contribuyente como exentos de peligro no es -y nunca ha sido- conforme con la orden de creación de archivos. Conservar los datos durante más de 5 años sin ningún tipo de control sobre su pertinencia, y motivar el tratamiento ulterior como si fuera parte de un conjunto de datos pendientes de tratar, no constituye una evaluación adecuada de la necesidad de la conservación de estos datos». Por lo tanto, el establecimiento de periodos de conservación de datos al inicio en una medida propuesta y su evaluación periódica permitirán garantizar el respeto del derecho de una persona a la vida privada y de la legislación en materia de protección de datos.
- 5.17 De manera similar, las autoridades de protección de datos alemana y neerlandesa y los tribunales competentes dictaminaron que los sistemas de reconocimiento automático de matrículas deben garantizar que la matrícula es eliminada de inmediato una vez que se ha comprobado que su cotejo no ofrece resultado alguno, a fin de garantizar que la medida es suficientemente proporcionada a efectos de cumplir la finalidad y/o satisfacer la necesidad social imperiosa identificada.
- 5.18 Por lo tanto, los principios de minimización de datos y de conservación a menudo estarán interrelacionados y están estrechamente vinculados con el principio de limitación de la finalidad. Desde una perspectiva de la protección de datos, es probable que si no se establece con exactitud la finalidad, esto se traduzca en una infracción de los principios de minimización de datos y de conservación. Desde la perspectiva de la vida privada, es probable que si no se define con exactitud la finalidad del tratamiento de datos personales, esto significará que no se ha definido de manera suficiente la necesidad social imperiosa. Esto podría dar lugar a que una autoridad del ELSJ ejerza sus competencias de un modo que no sea proporcionado al objetivo legítimo perseguido.

³⁷ Dictamen 7/2010 relativo a la Comunicación de la Comisión Europea sobre el enfoque global de las transferencias de datos de los registros de nombres de los pasajeros (PNR) a terceros países (WP 178); Dictamen 2/2007 relativo a la información de los pasajeros en relación con la transferencia de datos PNR a las autoridades de los Estados Unidos, adoptado el 15 de febrero de 2007 y revisado y actualizado el 24 de junio de 2008; Dictamen conjunto sobre la propuesta de Decisión marco del Consejo relativa al uso del registro de nombres de los pasajeros («Passenger Name Record» - PNR) a efectos de la aplicación de la ley, presentado por la Comisión el 6 de noviembre de 2007; Dictamen 5/2007 relativo al nuevo Acuerdo entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por parte de las compañías aéreas al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, celebrado en julio de 2007; Dictamen 2/2007 relativo a la información de los pasajeros en relación con la transferencia de datos PNR a las autoridades de los Estados Unidos; Dictamen 8/2004 sobre la información a los pasajeros relativa a la transferencia de datos PNR sobre los vuelos entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América.

PARTE VI

6.0 Lecciones aprendidas y recomendaciones prácticas

Para que una medida del ELSJ sea conforme, queda claro de lo anterior que hay que extraer lecciones tanto desde el punto de vista de la protección de la intimidad como de la protección de datos.

- 6.1 El enfoque establecido por el TEDH no debería ser considerado como la única forma de garantizar la conformidad, sino que debería adoptarse como una guía o proceso para alcanzar esa meta. A continuación se ofrece un resumen de dicho proceso y algunos elementos que hay que tener en consideración a la hora de proponer, aplicar o reevaluar medidas del ELSJ.

¿Es la medida propuesta **conforme con la legislación**?

El ELSJ debe tener una base jurídica para aplicar o establecer la medida

¿**Persigue la medida un objetivo legítimo**? –

La medida debe perseguir uno de los objetivos establecidos en el artículo 8, apartado 2, del CEDH

¿Es la medida propuesta **necesaria en una sociedad democrática**?

Necesidad social imperiosa

Identificar la necesidad social imperiosa (el problema específico o el tipo concreto de delito o falta) que debe abordar

Determinar la gravedad del problema y cualquier prueba que exista para justificar dicho enfoque. Considerar la naturaleza del delito objeto de investigación. Los problemas pueden tener una «ponderación» distinta en función de la gravedad del delito, su impacto en la sociedad, el contexto en el que se comete el delito, etc.

Tiempo - Evaluar si las medidas son necesarias y proporcionadas sobre la base del tiempo transcurrido entre la comisión del delito y el momento en que se adopta la medida, por ejemplo, un delito cometido en la infancia. Tener en cuenta la entrada en vigor de la legislación y las medidas adoptadas en función del contexto actual. Asimismo, revisar con regularidad la necesidad y la proporcionalidad de las medidas para garantizar que los motivos aportados para justificar la adopción de una medida concreta siguen siendo pertinentes.

Actitudes, cultura y margen de apreciación - Está claro que los Estados miembros tienen un margen de apreciación en relación con las medidas del ELSJ. Sin embargo, este margen de apreciación siempre está sujeto a control judicial. Desde la perspectiva de la vida privada, deben darse motivos pertinentes y suficientes para justificar el recurso a una medida y su proporcionalidad con respecto a la necesidad social imperiosa identificada. Desde la perspectiva de la protección de datos, existe cierta flexibilidad para tener en cuenta estas peculiaridades culturales. Por ejemplo, al transponer la Directiva sobre conservación de datos, las autoridades alemanas acordaron una política de conservación de tres meses en lugar de los dos años que se aplican en otros Estados miembros.

Proporcionalidad

Establecer objetivos claros y finalidades específicas. Entender el objetivo que hay que

alcanzar permitirá fijar las categorías o tipos de datos necesarios, el tipo de tratamiento que hay que realizar y la calidad de los datos requeridos.

Por ejemplo, limitar debidamente la finalidad debería permitir reducir el número mínimo de personas afectadas por una operación de tratamiento de datos. En un contexto del ELSJ, esto podría ser el número de sospechosos de cometer un delito. Así pues, se debería establecer una distinción clara entre diferentes categorías de interesados y, cuando proceda, los tipos de datos tratados sobre determinados individuos se deberían elegir caso por caso. Otro ejemplo podría ser la conservación de ADN. Para ello, es necesario entender el delito en cuestión y el papel que el tratamiento de datos de ADN puede tener en la resolución de dicho delito. Hay que tener en cuenta cada parte del proceso, desde la recopilación, el tratamiento y el almacenamiento de datos, para garantizar que cada elemento del tratamiento de datos está debidamente justificado. Al examinar la limitación de la finalidad de este modo, resultará más fácil cumplir las normas en materia de respeto de la vida privada y protección de datos.

Sin embargo, no todos los datos personales a los que necesita acceder una autoridad son tratados por dicha autoridad. Por lo tanto, puede que tengan que acceder a datos que fueron recopilados en un principio por otras organizaciones para diferentes propósitos. Como ocurre en el caso del Reglamento Eurodac, lo esencial para garantizar la necesidad y la proporcionalidad en estos casos serán las salvaguardas para limitar el acceso.

Revisar medidas existentes y alternativas. Al pensar en una medida, es importante considerar en primer lugar las medidas que ya existen para abordar el problema en cuestión. Una aplicación insuficiente y la revisión de los mecanismos existentes y su comparación con las medidas propuestas pueden dar lugar a una falta de motivos y pruebas suficientes para demostrar que la medida propuesta es realmente necesaria y una respuesta proporcionada a la necesidad social imperiosa. Estas consideraciones son igualmente importantes en el contexto de la ampliación del acceso a los datos personales por parte de las autoridades del ELSJ en iniciativas y proyectos como los acuerdos PNR, las leyes que regulan la vigilancia del tráfico, los datos de localización y las normas sobre el acceso a transacciones financieras.

Si hay medidas menos invasoras pero igual de eficaces (teniendo en cuenta unos costes razonables), entonces estas medidas se considerarán necesarias.

Garantizar la adecuación y la pertinencia sin excesos. Contar con una ingente cantidad de datos recopilados a los que se puede acceder directamente es algo que, desde el punto de vista de una autoridad del ELSJ, será de utilidad y contará con un valor añadido. Sin embargo, también hay que tener en cuenta el derecho del individuo a la vida privada y el derecho a que sus datos no se traten sin un motivo válido. Por lo tanto, hay que encontrar un equilibrio.

Cada medida propuesta tiene que ser revisada por separado para entender su impacto. Es muy poco probable que una aplicación general de cualquier medida propuesta cumpla las condiciones de necesidad y proporcionalidad.

Determinar el periodo de conservación de los datos – Calcular el tiempo que se pueden conservar los datos en un contexto del ELSJ es complicado debido a la preocupación de que, si se eliminan los datos, se podrían perder datos útiles para futuras investigaciones.

Sin embargo, al igual que ocurre cuando se recopila cada tipo de datos personales, todas las medidas propuestas deben revisarse por separado para entender su impacto. Es muy poco probable que las políticas de conservación generales para medidas propuestas cumplan los criterios de necesidad y proporcionalidad.

Debe velarse escrupulosamente porque la conservación responda a los propósitos originales para los que se recopilaron los datos. Debe tenerse en cuenta a la persona cuyos datos se recopilaron y los motivos de la recopilación. Por ejemplo, la recopilación de datos de no sospechosos podría tener un periodo de conservación mucho más corto que en el caso de los datos de sospechosos o implicados en un delito de un modo u otro.

Aplicar un enfoque holístico. En particular después del 11 de septiembre, los legisladores europeos se han mostrado extremadamente activos a la hora de adoptar nuevas medidas que limitan los derechos a la vida privada y la protección de datos en el ELSJ. Estos cambios hacen que sea especialmente importante adoptar un enfoque holístico a la hora de evaluar las injerencias en la vida privada y la protección de datos que conlleva una nueva propuesta legislativa. A fin de poder afirmar si una nueva propuesta legislativa sigue siendo proporcionada, es necesario evaluar la manera en que la nueva medida complementará a las ya existentes y si todas ellas en su conjunto seguirían limitando de manera proporcionada los derechos fundamentales en materia de protección de datos y vida privada.

Motivos pertinentes y suficientes

Propuestas basadas en pruebas. Muchas de las críticas realizadas en los últimos años por parte del Grupo de Trabajo en relación con las medidas propuestas para abordar los problemas del ELSJ se debían a la falta de razones y pruebas suficientes presentadas para justificar que la medida propuesta es la única proporcionada para abordar la necesidad social imperiosa identificada. Debe existir una justificación sólida de las medidas propuestas capaz de resistir un examen. Por lo tanto, las medidas propuestas deben basarse en investigaciones, estadísticas, previsiones basadas en pruebas, etc. Todo esto ayudará a garantizar que se cumple el criterio de motivos y pruebas suficientes.

PARTE VII

7.0 Conclusión

Para concluir, el Grupo de Trabajo recomienda que, cuando se propongan, se apliquen o se revisen medidas del ELSJ que sean invasoras de la vida privada e impliquen el tratamiento de datos personales, se aplique el enfoque expuesto anteriormente. Las recomendaciones del presente dictamen deberían considerarse como una forma de alcanzar la conformidad y actuar como salvaguarda a fin de garantizar que cualquier medida del ELSJ propuesta en el futuro sea verdaderamente necesaria y proporcionada, así como plenamente conforme con la legislación en materia de protección de datos.

Hecho en Bruselas, el 27 de febrero
de 2014

Por el Grupo de Trabajo
El Presidente
Jacob KOHNSTAMM