

1. Introducción

Una de las diez prioridades de la Comisión Europea para 2015-2019 era avanzar en la consecución de un auténtico Mercado Único Digital, dado que éste podría aportar 415.000 millones de euros al año a la economía europea y crear cientos de miles de nuevos puestos de trabajo. Pero el Mercado Único Digital no sólo tenía que servir para liberar el potencial de la economía digital, sino que debía mejorar la protección de los consumidores para que éstos confiaran en el mismo y vieran sus derechos fundamentales protegidos al actuar en línea.

La Unión Europea (UE) celebró en 2019 el primer año de la aplicación del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD),¹ pero no consigue terminar de cerrar el círculo en lo relativo a la privacidad cuando se hace referencia a los problemas específicos de las comunicaciones electrónicas. La iniciativa legislativa que debía lograrlo es, desgraciadamente, una de las dos únicas de las treinta que la Comisión presentó durante ese mandato relacionadas con el Mercado Único Digital que no se han adoptado (Comisión Europea, 2019a). Contrasta la falta de presión por avanzar en este dossier con la premura que los Estados han expresado en otros ámbitos relacionados como, por ejemplo, el de la protección de los derechos de autor.² En este caso, es el Parlamento Europeo y diferentes ONG los que han insistido en la necesidad de avanzar en este campo y modernizar la actual legislación para reforzar la protección de los usuarios de Internet.

En este trabajo, se explorará: la necesidad de esta nueva legislación y la propuesta hecha al efecto por la Comisión Europea (apartado 2), los problemas a los que se enfrenta, así como las cuestiones más complejas referentes a su contenido (apartado 3), el desarrollo del proceso legislativo y su situación actual (apartado 4), para terminar con unas breves conclusiones.

2. Propuesta de la Comisión Europea

Más de un año después de que empezara a aplicarse el RGPD, es un hecho que la protección de datos personales y la privacidad de sus comunicaciones han ganado importancia para los europeos (Comisión Europea, 2019b). Pero la estructura de protección creada por el RGPD, la Directiva de protección de los datos personales cuando son utilizados por las autoridades policiales y de justicia penal³ y el Reglamento sobre protección de datos personales en el marco de las instituciones, órganos, y organismos de la UE⁴ no son suficiente. Se requiere una modernización de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas de 2002.⁵ No basta con asegurar el derecho a la protección de los datos personales recogido en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, sino que hay que hacer también efectivo en línea lo recogido en su artículo 7, que es el respeto a la privacidad de las comunicaciones.

1 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), DOUE L 119, 4.5.2016, pp. 1-88.

2 Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, DOUE L 130 de 17.5.2019, pp. 92-125.

3 Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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 a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, DOUE L 119, 4.5.2016, pp. 89-131.

4 Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) n.º 45/2001 y la Decisión n.º 1247/2002/CE, DOUE L 295 de 21.11.2018, pp. 39-98.

5 Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), DOUE L 201 de 31.7.2002, pp. 37-47.

El uso que se hace de Internet ha cambiado mucho desde 2002. Ahora forma parte de la rutina de los europeos utilizar medios para comunicarse que cuando se redactó la Directiva ni siquiera existían y en los que, sin embargo, esperan el mismo nivel de protección de sus comunicaciones. Por tanto, era necesario modernizar la normativa para garantizarlo.

En su Estrategia para el Mercado Único Digital, la Comisión Europea (2015: 15) se comprometió a que, una vez adoptadas las nuevas normas de la UE sobre protección de datos, revisaría la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas prestando particular atención a garantizar un nivel elevado de protección de los interesados y una igualdad de condiciones para todos los agentes del mercado.

La Comisión fue excesivamente optimista, porque pensaba que el RGDP estaría aprobado en 2015, lo que no fue posible hasta 2016. Esto retrasó que planteara la revisión de la Directiva, y no presentó su propuesta hasta 2017.⁶ Además, su plan consistía en que entrara en vigor en 2018, coincidiendo con la aplicación del RGDP, lo que se tornó imposible pues no pudo conseguir un acuerdo en aquellas fechas.

Esto ha planteado ciertos problemas, porque las normas europeas sobre privacidad electrónica se consideran una *lex specialis* respecto al RGPD, lo que hace que al no haberse todavía modernizado puedan surgir ciertos conflictos.⁷ Las autoridades de protección de datos nacionales han intentado dar respuesta, por ejemplo, a las dudas que se plantean sobre el uso de *cookies*, que, en principio, está regulado por la Directiva 2002/58/CE y el RGDP, a través de directrices (por ejemplo, *Commission nationale de l'information et des libertés*, 2019 e *Information Commissioner's Office*, 2019a) a la espera de que se apruebe la propuesta. Además, existen muchas dudas sobre diferentes prácticas de las empresas de *adtech* con el RGPD (*Information Commissioner's Office*, 2019b) y hay varias quejas planteadas por activistas ante las autoridades nacionales de protección de datos (Lindsey, 2019 y Lomas, 2019a). Esto demuestra la imperiosa necesidad de la propuesta, porque estas autoridades están aprobando directrices para intentar luchar contra la actual inseguridad jurídica, pero que, en muchos casos, difieren en aspectos fundamentales, por lo que es necesario una norma armonizadora a nivel europeo.⁸

La Comisión decidió no revisar la Directiva sino proponer un reglamento. La ventaja de esta figura normativa es que es obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, sin necesidad de normas de transposición, logrando así una regulación homogénea de esta materia.

Otro aspecto fundamental es que esta propuesta amplía su ámbito de aplicación. Antes parecía cubrir sólo a los proveedores tradicionales de servicios de telecomunicaciones,⁹ quedando ahora claro con la

6 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el respeto de la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas y por el que se deroga la Directiva 2002/58/CE (Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), COM/2017/010 final.

7 El Comité Europeo de Protección de Datos ha intentado dar respuesta a ciertas cuestiones con la publicación de su *Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities*.

8 El TJUE también ha recibido múltiples cuestiones prejudiciales sobre el uso de las cookies, véase su sentencia de 29 de julio de 2019, *Fashion ID GmbH & Co.KG c. Verbraucherzentrale NRW eV*, Asunto C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 o su sentencia de 1 de octubre de 2019, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. c. Planet49 GmbH*, Asunto C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801. En esta última, el TJUE interpreta la Directiva 2002/58/CE conjuntamente con el RGPD y llega a la conclusión de que el consentimiento al que se hace referencia en estas disposiciones no se presta de manera válida cuando el almacenamiento de información o el acceso a la información ya almacenada en el equipo terminal del usuario de un sitio de Internet a través de cookies se autoriza mediante una casilla marcada por defecto de la que el usuario debe retirar la marca en caso de que no desee prestar su consentimiento.

9 En ese sentido, la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, *Google LLC y Bundesrepublik Deutschland*, Asunto C-193/18, ECLI:EU:C:2019:498 deja claro que un servicio de correo electrónico en Internet que no incluye el acceso a la misma, como el servicio Gmail, no consiste en su totalidad o principalmente en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas y no constituye, por tanto, un "servicio de comunicaciones electrónicas" y, por tanto, no está cubierto por la Directiva. Sin embargo, fue bastante sorprendente la sentencia del mismo órgano de 5 de junio de 2019 *Skype Communications Sàrl e Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, Asunto C-142/18, ECLI:EU:C:2019:460 al considerar que el suministro, por parte del creador de un programa informático, de una funcionalidad que ofrece un servicio "voz por protocolo de Internet" (VoIP) que permite al usuario llamar a un número fijo o móvil de un plan nacional de numeración a través de la red telefónica pública conmutada (RTPC) de un Estado miembro a partir de un terminal constituye un «servicio de comunicaciones electrónicas» en el sentido de dicha disposición, en la medida en que la prestación de dicho servicio, por un lado, da lugar a una remuneración del creador y, por otro, conlleva que este celebre acuerdos con los proveedores de servicios de telecomunicaciones debidamente autorizados a transmitir y terminar llamadas a la RTPC.

propuesta que cubre también a los servicios basados en Internet que hacen posibles las comunicaciones tales como servicios de voz sobre IP (como Skype), servicios de mensajería instantánea (como WhatsApp o Telegram) y servicios de correo electrónico basados en la web, porque se regularán las comunicaciones a través de los servicios de transmisión libre (denominados en inglés *Over-the-Top*)¹⁰. Esto debe ser así porque la gente tiene derecho a esperar que se respete su privacidad independientemente del medio que usen para comunicarse.

En un Eurobarómetro realizado en 2016, el 92% de los encuestados señaló que era importante que esté garantizada la confidencialidad de sus mensajes electrónicos y de la mensajería instantánea en línea, siendo muy importante para el 72% (Comisión Europea, 2016). La relevancia de esto se pone en contexto cuando se piensa en situaciones como la revelación de que Microsoft subcontractó a personas para que escucharan pequeños fragmentos de conversaciones reales que mantenían los usuarios de Skype para mejorar su sistema de interpretación, ignorando por completo la necesidad de privacidad y secreto de las comunicaciones (Cox, 2019).

Se ha criticado que la propuesta debería contener sus propias definiciones en vez de depender de las del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.¹¹ Si bien se puede entender el deseo de coherencia de la Comisión, no parece lo más oportuno porque las definiciones del Código no están pensadas desde una óptica de protección de derechos fundamentales. Llegados a este punto, sería positivo que se desarrollaran algunas propias (Supervisor Europeo de Protección de Datos, 2017: 3 y Grupo de Trabajo del artículo 29, 2017: 25).

También es positivo que la propuesta abarque la transmisión de comunicaciones de máquina a máquina, porque con el Internet de las Cosas cada vez hay más comunicaciones de este tipo, lo cual puede pasar desapercibido a los usuarios. No obstante, el acceso a estos datos que contienen muchísima información sobre sus hábitos puede suponer una grave injerencia en su privacidad (Schneier, 2016 y Barrio Andrés, 2018). Esta tendencia va a crecer, además, con la implantación del 5G.

Otra novedad es que la propuesta muestra el deseo de cubrir los metadatos,¹² reconociendo su relevancia para la protección de la privacidad, lo cual es una consecuencia lógica de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso *Digital Rights Ireland*.¹³ Si bien se ha criticado que no se protegen de manera suficiente (Supervisor Europeo de Protección de Datos, 2017: 27 y Grupo de Trabajo del artículo 29, 2017: 13).

Uno de los objetivos de la propuesta es clarificar y simplificar la norma relativa al consentimiento para el uso de *cookies* y otros identificadores, lo cual es una buena idea. La reforma de la Directiva de 2009 y sus normas de transposición resultaron en constantes y molestos banners que no han mejorado la privacidad de los usuarios (Leenes y Kosta, 2015). Además, como se ha explicado, existen muchas dudas sobre la compatibilidad de muchas prácticas actuales relacionadas con el consentimiento de las *cookies* y el RGPD. Un reciente estudio demuestra que en la mayoría de los casos no existe un auténtico consentimiento informado, ya que sólo el 0.1% de los visitantes de páginas web elegirían libremente habilitar todas las categorías de *cookies*, si no se vieran obligados a hacerlo por falta de elección o por ser empujados (*nudged*) con patrones oscuros (*dark patterns*), como preselecciones (Lomas, 2019b). Según el mismo estudio, en agosto de 2018 menos del 5% de los 5.000 sitios web más populares en la UE proporcionaban

10 Para un estudio más detallado de la importancia de estos servicios en la UE y la cuestiones relativas a la normativa de la UE, véase Godlovitch *et al.* (2015). Hay que tener en cuenta que desde la publicación de este estudio su uso y relevancia han aumentado.

11 Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (versión refundida), DOUE L 321 de 17.12.2018, pp. 36-214.

12 Se entiende como metadatos en el marco de las comunicaciones electrónicas los números a los que se ha llamado, los sitios web visitados, la localización geográfica o la hora, la fecha y la duración de una llamada, información que permite extraer conclusiones precisas sobre la vida privada de las personas participantes en la comunicación electrónica tales como sus relaciones sociales, sus costumbres y actividades de la vida cotidiana, sus intereses, sus preferencias, etc.

13 STJUE de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources, Minister for Justice, Equality and Law Reform, Commissioner of the Garda Síochána, Ireland, y The Attorney General*; y *Kärntner Landesregierung, Michael Seitlinger, Christof Tschohl y otros*, as. acumulados C-293/12 y C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238. Véase para un examen más detallado de la misma Granger e Irion (2014).