

LA INCORPORACIÓN DE LA DIRECTIVA 2009/136/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2009, AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Paula LÓPEZ ZAMORA

Profesora Contratada Doctora
de Filosofía del Derecho
paulalzamora@der.ucm.es

Tras finalizar el plazo de dos años establecido por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y el Reglamento (CE) 2006/2004, sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, para realizar la incorporación de la misma a los ordenamientos nacionales, el 25 de mayo de 2011, una vez cumplido el plazo, el tratamiento jurídico que la Unión Europea hace de las «cookies» ha cambiado radicalmente, o al menos debería haber cambiado, ya que nuestro país, al igual que muchos otros, no ha hecho los deberes y no ha adaptado aún la normativa europea. La transposición se está llevando a cabo mediante el Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (BOCG, 27 de mayo de 2011), el cual, además de modificar la Ley General de Comunicaciones, modifica la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (LSSICE).

Más allá del propio análisis detallado del contenido de esta Directiva, interesa destacar dos aspectos importantes que derivan de la misma. Por un lado, nos encontramos con el ambiguo texto del Proyecto de Ley que llevará a cabo la incorporación, el cual, a primera vista, parece no adecuarse completamente a lo establecido en la Directiva. Por otro, el fuerte debate social y empresarial que esta Directiva ha generado, al entender los comerciantes europeos que prestan sus servicios en Internet, que la aplica-

ción estricta de la norma implicaría para ellos una desventaja con respecto a los comerciantes extracomunitarios no sujetos a la misma.

Obligado es comenzar este análisis explicando brevemente qué entendemos por «cookies». Cuando hablamos de «cookies» nos referimos a pequeños fragmentos de información que, durante la navegación, se almacenan en el disco duro del visitante de un sitio web a través del navegador para ser vistos en posteriores visitas y agilizar así el acceso a las diferentes páginas, recordar las opciones previamente seleccionadas por el usuario —como por ejemplo, el idioma— o simplemente mostrar publicidad relacionada con anteriores visitas. En definitiva, son rastros de navegación que el usuario de Internet va arrastrando consigo y que son almacenados en sus discos duros. La propia Unión Europea los denomina «chivatos» y los define como datos ocultos intercambiados entre un usuario de Internet y un servidor web que quedan archivados en el disco duro del usuario. Su finalidad inicial radicaba en conservar datos entre dos conexiones para personalizar la navegación y así agilizarla, aunque cada día más constituyen un medio de vigilancia de las actividades del usuario en la red y un elemento inestimable para la publicidad comportamental, por lo que su uso parece vulnerar la protección de los datos personales.

La normativa europea anterior adoptaba el modelo «opt-out» en lo relacionado a las «cookies», es decir, otorgaba al usuario la posibilidad de negarse a que estos ficheros se almacenasen en sus discos duros. La Directiva actual no prohíbe las «cookies», simplemente adopta el modelo opuesto al anterior, el «opt-in». Ahora el usuario deberá consentir de antemano, una vez recibida información clara y completa al respecto, el almacenamiento de información y la obtención y acceso a esos datos ya almacenados. Obviamente, se establece como excepción *el posible almacenamiento o acceso de índole técnica al solo fin de efectuar la transmisión de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas, o en la medida de lo estrictamente necesario a fin de que el proveedor de un servicio de la sociedad de la información preste un servicio expresamente solicitado por el abonado o el usuario*. De otro modo, la agilidad que buscamos y exigimos en la navegación por Internet quedaría radicalmente destruida.

Así las cosas, el Proyecto de Ley para la modificación de la Ley General de Telecomunicaciones, en su disposición final segunda, apartado tres, viene a incorporar lo recogido en la Directiva sobre la utilización de «cookies», modificando el apartado 2 del art. 22 de la LSSI, que queda redactado de este modo:

Los prestadores de servicios podrán utilizar dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales de los destinatarios a condición de que los mismos hayan dado su *consentimiento* después de que se les haya facilitado información clara y completa sobre su utilización, en particular, sobre los fines del tratamiento de los datos, con arreglo a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Cuando sea técnicamente posible y eficaz, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, *el consentimiento del destinatario para aceptar el tratamiento de los datos podrá facilitarse mediante el uso de los parámetros adecuados del navegador o de otras aplicaciones*, siempre que aquél deba proceder a su configuración durante su instalación o actualización mediante una acción expresa a tal efecto.

De una rápida lectura de esta disposición se puede deducir que la norma nacional no se adecua completamente a lo establecido en la Directiva, pues no fija un modelo «*opt-in*» de manera clara y exclusiva, permitiendo la opción de emplear «parámetros adecuados del navegador u otras aplicaciones». No obstante, si analizamos el considerando 66 de la norma europea podemos llegar a la conclusión de que esta opción que ofrece está respaldada por la letra de la Directiva, si bien no parece estar muy en consonancia con su espíritu y finalidad. De este modo, habrá que esperar a la entrada en vigor del presente Proyecto para conocer la interpretación clara que la Agencia de Protección de Datos hace de su contenido, si bien esta última acostumbra a ser muy restrictiva en sus interpretaciones e incluso ha negado la validez de la opción de parámetros del navegador en un Dictamen sobre publicidad comportamental.

Al margen del debate interpretativo del propio texto del Proyecto, esta norma ha generado una cuestión socioeconómica trascendente en la actualidad, consistente en determinar en qué medida los prestadores de servicios de la información europeos pueden verse perjudicados por esta Directiva y por la regulación de las «*cookies*». Según interpretación de estos prestadores, el cumplimiento estricto de la obligación comunitaria podría convertirse en un importante perjuicio para ellos y sus negocios, pues si cada vez que el usuario entra en una página es asaltado por cuadros de texto solicitando permiso para descargar «*cookies*», éstos acabarán abandonando esa página sin hacer uso de la prestación que allí se ofrece. Todo ello, afirman, redundará en importantes pérdidas económicas.

Una visión más global de la Directiva nos descubre que, a pesar de las críticas recibidas, la finalidad de ésta consiste en equilibrar enfrentados intereses en juego. Por un lado, el derecho a la protección de la intimidad de los usuarios y, por otro, la libertad en los negocios, ya que la ausencia de límites de esta última puede vulnerar muchos de los principios básicos de la protección de datos. Un claro ejemplo lo encontramos en la publicidad comportamental (*behavioural advertising*), la cual se ha convertido en una herramienta estratégica en la actualidad, utilizando las «*cookies*» para su desarrollo y concisión. Mediante éstas se analiza el tráfico de visitas, se gestionan patrones de comportamiento y se confeccionan campañas totalmente personalizadas para el destinatario de la misma. Obviamente, todo ello implica cierta intromisión en la intimidad del usuario de Internet. No obstante, no podemos obviar que la aplicación estricta de la letra de la Directiva, es decir, exigir autorización constante del usuario, redundará en menos velocidad de navegación e infinidad de «*pop-ups*» que expliquen la normativa y soliciten autorización, lo cual tampoco es muy deseable para el propio internauta. Por todo ello, habrá que estudiar mecanismos alternativos de aplicación de la Directiva que no sean incómodos o perjudiciales ni a usuarios de Internet ni a prestadores de servicios; mecanismos que habrán de equilibrar de manera menos drástica los intereses en juego.