



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Tratamiento de datos personales por los partidos políticos

Presentado por:

Laura San José Bravo

Tutelado por:

Óscar Sánchez Muñoz

Valladolid, 12 de julio de 2023

ÍNDICE GENERAL

1. INTRODUCCIÓN	6
2. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	8
2.1 ÁMBITO GENERAL DE LA PROTECCIÓN DE DATOS	8
2.1.1 Aspectos generales de la protección de datos.....	10
2.1.2 Derecho a la intimidad personal y familiar.....	14
2.2. MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA UNIÓN EUROPEA	16
2.2.1 El artículo 8 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16.1 del del Tratado de Funcionamiento de la Unión.....	16
2.2.2 Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 (RGPD).....	17
Nuevas perspectivas legislativas en el Derecho Comunitario.....	18
2.3. MARCO NORMATIVO ESPAÑOL DE LA PROTECCIÓN DE DATOS	20
2.3.1 El artículo 18.4 de la Constitución española.....	20
2.3.2 Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales (LOPD).....	21
2.3.3 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).....	22
2.3.4 Legislación estatal anterior y posterior al Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016.....	23
Principios relativos al tratamiento.....	23
3. TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS	26
3.1 LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA PROTECCIÓN DE DATOS	26
3.1.1 Recolección de datos de naturaleza política y riesgo de vulneración de la normativa de protección de datos (Garantías y salvaguardas del tratamiento de datos de categoría especial).....	27
3.1.2 Campañas electorales y el perfilado ideológico (Límite absoluto del perfilado ideológico).....	32
3.1.3 El perfilado ideológico en el marco del Estado de Partidos.....	37
3.1.4 Necesidad de consentimiento y justificación de interés público para el tratamiento con fines de perfilado ideológico (Art. 6 RGPD).....	41
3.1.5 Intervención/ comunicación de mensajes basados en el perfilado ideológico y su influencia en el voto.....	45
4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 76/2019, DE 22 DE MAYO DE 2019	48
4.1 ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA STC 76/2019, DE 22 DE MAYO DE 2019	48
4.1.1 Antecedentes.....	48
4.1.2 Fundamentos jurídicos.....	51
4.1.3 Fallo.....	57
4.2. IMPLICACIONES Y LÍMITES DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES RELATIVOS A OPINIONES POLÍTICAS DE LAS PERSONAS EN EL MARCO DE ACTIVIDADES ELECTORALES (LA LIBERTAD IDEOLÓGICA EN LA STC 76/2019)	58
4.3. LA STC 76/2019 Y SUS REPERCUSIONES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES (LA DOCTRINA CON RESPECTO A LA JURISPRUDENCIA DEL TC EN MATERIA DE TRATAMIENTO DE DATOS POLÍTICOS POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS)	60
5. CONCLUSIONES	67
6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	71
7. DISPOSICIONES NORMATIVAS	74
8. JURISPRUDENCIA	75

RESUMEN

El derecho a la protección de datos de carácter personal es un derecho fundamental y autónomo del sistema democrático español que encuentra uno de sus puntos conflictivos en la injerencia de su contenido mediante el tratamiento de datos personales especialmente sensibles como son los datos políticos.

Las nuevas tecnologías de la información han permitido a los partidos políticos dotarse de técnicas analíticas perfeccionadas con las que poder crear perfilados ideológicos que les posibiliten influir e inclinar el voto.

Estas técnicas no están exentas de peligros y riesgos para la sociedad moderna, de ahí que resulte fundamental realizar una aproximación al respecto por medio de la recopilación y análisis de la normativa aplicable, jurisprudencia y doctrina más relevante en la materia, que permita establecer cuáles son sus implicaciones y consecuencias para el mundo democrático actual.

Palabras clave

Derecho a la protección de datos de carácter personal, Derecho Fundamental, sistema democrático español, tratamiento, datos políticos, perfilado ideológico, nuevas tecnologías de la información.

ABSTRACT

The right to the protection of personal data is a fundamental and autonomous right of the Spanish democratic system that finds one of its conflicting points in the interference of its content through the processing of particularly sensitive personal data such as political data.

New information technologies have allowed the political parties to equip themselves with improved analytical techniques with which to create ideological profiles that enable them to sway and tilt the vote.

These techniques are not free of dangers and risks for the modern society, which is why it is essential to make an approach to the matter by means of the compilation and analysis of the applicable regulations, jurisprudence, and most relevant doctrine on the subject, in order to establish the implications and consequences for the current democratic world.

Key words

Right to the protection of personal data, fundamental right, Spanish democratic system, processing, political data, ideological profile, new information technologies.

RELACIÓN O SIGLAS EMPLEADAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AI	Asociación de Internautas
Art	Artículo
AUI	Asociación de Usuarios de Internet
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo Derechos Humanos
ENATIC	Asociación de Expertos Nacionales de la Abogacía Digital
FJ	Fundamento jurídico
IA	Inteligencia Artificial
LOPD	Ley Orgánica de protección de datos personales
LOPDG	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
P	Página
PDLI	Plataforma en Defensa de la Libertad de Información
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
TCFA	Tribunal Constitucional Federal Alemán
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la UE
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental recogido en el artículo 18.4 de la Constitución Española: “4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.” Se trata de un derecho fundamental y autónomo de nuestro sistema constitucional que debe su reconocimiento y delimitación a senda jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Pese al reconocimiento de este derecho como un derecho fundamental y esencial para el funcionamiento del sistema democrático español, la sociedad actual se enfrenta a nuevos peligros y riesgos con el surgimiento de las nuevas tecnologías de la información, que afectan no sólo a los derechos de las personas físicas integrantes de la sociedad, sino que pueden erosionar los cimientos de la sociedad democrática española.

En la actualidad el derecho a la protección de datos está presente en prácticamente todos los aspectos de la vida cotidiana de las personas, vivimos en un mundo cada vez más dominado por las tecnologías de la información, las cuales tienen un crecimiento y evolución sin límite y reportan muchos beneficios al crecimiento socioeconómico de la sociedad.

Sin embargo, estas nuevas tecnologías no se encuentran exentas de numerosos riesgos, especialmente cuando el uso de estas técnicas y metodologías informáticas afectan a los derechos fundamentales de las personas, como es el caso de la garantía del derecho a la protección de datos personales especialmente sensibles cuando son tratados por los partidos políticos en el marco del proceso electoral.

Los partidos políticos, al igual que las sociedades modernas, han evolucionado en su devenir democrático contando con rigurosas y avanzadas técnicas analíticas de big data que les permiten crear perfiles ideológicos segmentados en función de características y preferencias políticas de los ciudadanos, con la finalidad de generar una propaganda política diseñada y personalizada en función de dichos perfilados que les posibilite inclinar el voto de su público objetivo.

Son precisamente estos riesgos que existen en los derechos fundamentales de las personas los que marcan la trascendencia de este trabajo, ya que resulta fundamental abordar cuáles son las principales características, implicaciones y riesgos que el tratamiento por los partidos políticos de datos especialmente sensibles, como son los datos políticos, en el marco electoral y de campaña, genera en el sistema democrático español, con el fin de poder establecer un estado de la cuestión sobre el tema, que permita profundizar sobre el mismo con la finalidad de llegar a establecer conclusiones enriquecedoras.

Para ello, la metodología que se ha empleado en el trabajo es la de establecer un estado de la cuestión, analizar y tratar de explicar el panorama y evolución del tratamiento de datos políticos en el ámbito electoral, y así como las implicaciones que tiene para el derecho fundamental a la protección de datos personales, mediante la aproximación al marco normativo, jurisprudencia, y doctrina más relevante en la materia.

De esta manera, mediante el establecimiento de unas notas generales que permitan enmarcar el ámbito del derecho a la protección de datos personales y su reconocimiento jurisprudencial, así como un abordaje de la normativa comunitaria y estatal más relevante en la materia (así como haciendo referencia a algunas propuestas normativas europeas que se encuentra en debate en la actualidad), que nos permita adentrarnos en el establecimiento del marco teórico del tratamiento de datos personales por los partidos políticos, y sin olvidarnos de la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo, fundamental en el tema que nos ocupa por las numerosas y valiosas conclusiones que aporta con respecto a la garantía de este derecho fundamental, se busca establecer cuál es el estado de la cuestión de un tema tan relevante para la disciplina y la sociedad actual.

2. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

2.1 Ámbito general de la protección de datos

El ámbito general de la protección de datos como derecho fundamental que impregna prácticamente todas las esferas de la vida de las personas se encuentra indudablemente reconocido en la actualidad, pero no siempre fue así, de ahí que resulte fundamental hacer una breve referencia a la evolución en el reconocimiento de este derecho.

“La garantía de la vida privada de la persona y de su reputación tienen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona.” Este derecho se refiere a la denominada “libertad informática”, el derecho atribuido al titular de datos de carácter personal a controlar el uso por terceros de los datos contenidos en servicios informáticos (*habeas data*), pudiendo oponerse a que dichos datos puedan ser utilizados para fines distintos a aquellos que justificaron su obtención.¹

El ámbito general de la protección encuentra su fundamento en el derecho a la autodeterminación informativa de la República Federal Alemana, derecho que nació con la famosa sentencia de la *Ley del Censo* del Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA). De esta manera, surge el reconcomiendo jurisprudencial de un derecho basado en el derecho fundamental a la personalidad y la protección frente a la recogida, almacenamiento, utilización y transmisión ilimitada de los datos de carácter personal.²

Esto es así, ya que la propia experiencia cotidiana ha demostrado que la protección de la intimidad y la personalidad de las personas representa la excepción más comúnmente utilizada para impedir el acceso a la información, puesto que ningún sistema jurídico de almacenamiento y acceso a información puede no tomar en consideración esta protección fundamental de los datos de carácter personal, condicionando de esta manera el ejercicio de los derechos de acceso.³

¹ SSTC 11/1998, FJ 5º, 94/1998, FJ 4º.

² MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, p. 48.

³ GARCÍA MUÑOZ, O., “La protección de los datos de carácter personal”, Araguás Galcerá, I., et al, *Los límites del derecho de acceso a la información pública*, Ulzama Digital, España, 2017, p. 228.

Los planteamientos más importantes de esta primera etapa doctrinal del Derecho a la Protección de datos en España han sido formulados por los profesores Pérez Luño ⁴y Lucas Murillo de la Cueva.⁵ De conformidad con los postulados de esta corriente doctrinal, la necesidad existente en todas las personas a preservar su identidad con respecto a aquellos datos que de su persona pueden aparecer sólo se puede conseguir por medio de la protección de datos “Integrada por un conjunto de derechos subjetivos, deberes, procedimientos, instituciones y reglas objetivas” ⁶

Asimismo, este planteamiento doctrinal de la protección de datos de carácter personal ha tenido un acogimiento jurisprudencial en diferentes sentencias del Tribunal Constitucional del periodo 1993 - 2000, las cuales han permitido esclarecer el concepto de este derecho fundamental.

En España, la consideración del derecho a la protección de datos de carácter personal como un derecho autónomo e independiente se establece en dos cruciales sentencias: las SSTC 290 y 292 de 2000, de 30 de noviembre. La STC 290/2000 confirma la constitucionalidad de la Agencia Española de Protección de datos, teniendo competencias en todo el territorio nacional, para garantizar este derecho fundamental que debe disponer de un contenido homogéneo para todas las personas. ⁷

Sin embargo, es precisamente la STC 292/2000 la que establece una primera aproximación al contenido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, reconociéndolo constitucionalmente como un derecho autónomo e independiente. En concreto, el fundamento jurídico quinto de esta sentencia establece una definición de este derecho fundamental, a la luz del artículo 18. 1 de la Constitución Española, estableciendo que, si bien comparte con el derecho a la intimidad el objetivo de establecer una protección

⁴ Las obras más destacadas de Antonio Enrique Pérez Luño:

Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia Moderna. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1971.

Derechos humanos, estado de derecho y constitución, Taurus, 2017 (11 ed.).

Los derechos fundamentales, Taurus, 2007 (7 ed.).

Lecciones de filosofía del derecho: presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica. Sevilla, Mergablum, 1998.

LARIO, D. y MARTÍNEZ NEIRA, M. (2022). “Pérez Luño, Antonio Enrique”. *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*.

⁵ Sus principales obras son las siguientes:

El derecho a la autodeterminación informativa. Madrid: Tecnos, 1990.

Informática y protección de datos personales (estudios sobre la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal), Cuadernos y Debates: Madrid, 1993.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, p. 49.

⁶ *Ibidem*, p. 49.

⁷ PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19 – 20, 2003, p. 50.

constitucional óptima de la vida personal y familiar, el derecho a la protección de datos de carácter personal atribuye a su titular un conjunto de facultades que conforman un poder jurídico que les permite imponer a terceros acciones u omisiones de determinadas actuaciones en relación con el tratamiento de sus datos personales. Y, además, esta sentencia pionera en el ámbito general de la protección de datos de carácter personal establece una de las características fundamentales de este derecho, su regulación mediante ley, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.4 de la Constitución Española (CE) debe limitar el uso de la informática, bien para el desarrollo fundamental de la protección de datos (artículo 81.1 CE), bien para la regulación de su ejercicio (artículo 53.1 CE). En definitiva, lo que diferencia al derecho a la protección de datos, de un derecho tan fundamental y afín al mismo como el derecho a la intimidad es precisamente su diferente objeto, contenido y funciones características.⁸

Teniendo en cuenta la definición jurisprudencial de este derecho, y el establecimiento de la importancia de su correcto ejercicio en los comportamientos propios de la vida cotidiana de las personas, resulta fundamental que el régimen de la protección de datos de carácter personal funcione como un apoyo y no como un obstáculo en la protección de la vida de las personas, permitiendo satisfacer de esta manera intereses legítimos fundamentales como son la transparencia y el acceso a la información pública, ponderando los intereses en juego.⁹

2.1.1 Aspectos generales de la protección de datos

Naturaleza del derecho a la protección de datos

Podemos definir el derecho a la protección de datos de carácter personal como aquel derecho que permite a su titular controlar el influjo de datos e informaciones que caracterizan e identifican a una persona.¹⁰

Como se ha comentado anteriormente, gracias a la pionera STC 292/2000, se constituye como un derecho autónomo e independiente, diferenciado de otros derechos afines.

La protección de los datos de carácter personal encuentra su finalidad principal en la necesidad de proteger los derechos y libertades de las personas físicas frente a los peligros y riesgos a los que se exponen en su vida cotidiana gracias al surgimiento y evolución de las nuevas tecnologías de la información en la sociedad actual. El progreso y la eliminación de

⁸ STC 292/2000, FJ 5º

⁹ GARCÍA MUÑOZ, O., “La protección de los datos de carácter personal”, *Los límites del derecho de acceso a la información pública*, Ulzama Digital, España, 2017, p. 228.

¹⁰ MOLINS GARCÍA - ATANCE, J., “El derecho a la protección de datos de carácter personal. Algunos supuestos conflictivos”, *Actualidad Civil*, núm. 10, 2019.

las barreras existentes en el tiempo y el espacio gracias al avance sin igual de las nuevas tecnologías informáticas, ha facilitado el acceso masivo y sin límites a información personal, y, por consiguiente, la elaboración de perfiles ideológicos y personales de las personas, los cuales se pueden utilizar por terceros pudiendo vulnerar los derechos y libertades legítimos.

11

Por lo tanto, el derecho a la protección de datos de carácter personal representa un derecho fundamental que ha superado en cuanto a su naturaleza al bien jurídico de la intimidad, anteriormente reconocido como único derecho digno de amparo.

Objeto del derecho a la protección de datos

Tal y como se ha expuesto en el apartado anterior la STC 292/2000 permitió establecer una primera aproximación a la definición y contenido de este derecho fundamental.

En concreto, el fundamento jurídico sexto de esta sentencia nos permite realizar un primer esclarecimiento con respecto a su objeto.

“Cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal.” En consecuencia, el derecho a la protección de datos de carácter personal también tendría como objeto los datos personales públicos, que precisamente por este hecho pueden ser accesibles a cualquier persona, pero, que, como parte del poder de disposición que este derecho reconoce a su titular, son merecedores de esta especial protección. Asimismo, también es fundamental tener en cuenta que, aunque los datos sean de carácter personal, el término “personal” no es restrictivo a los datos propios de la vida íntima y privada de las personas, sino que abarcaría todos aquellos datos que permitan identificar a una persona, ya sean de contenido ideológico, racial, sexual, económico, religioso, o de cualquier otro tipo, siempre que su acceso por terceros pueda representar una amenaza para la vida de la persona titular de los mismos.¹²

De esta manera, tal y como se recoge en esta sentencia, el objeto del derecho a la protección de datos de carácter personal es más amplio que el del derecho a la intimidad, extendiendo su protección no sólo a la intimidad constitucionalmente garantizada en el artículo 18.1 de la CE, sino extendiéndose en muchas ocasiones a la esfera de la dignidad personal, como puede

¹¹ PRIETO GUTIERREZ, J.M., “Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales” *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1971-1972, pp. 3120 – 3121.

¹² STC 292/2000, FJ 6º

ser el derecho al honor. En síntesis, el derecho a la protección de datos de carácter personal abarca todos aquellos datos que sean relevantes o fundamentales para el ejercicio de los derechos propios de la persona, independientemente de que sean reconocidos como constitucionales y de su tipología.¹³

Contenido del derecho a la protección de datos

El contenido de la protección de datos de carácter personal “incluye un haz de garantías y facultades que se traducen en determinadas obligaciones de hacer. Se trata del derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelarlos.”¹⁴

Este contenido del derecho a la protección de datos de carácter personal establecido por el Tribunal Constitucional en la STC 292/2000 ha permitido interpretar de una manera más clara la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de los Datos de Carácter Personal, la cual constituía el bloque normativo de referencia de este derecho.

Pero, además, es precisamente el contenido de este derecho lo que permite diferenciarle del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 de la CE, ya que, a diferencia de este que atribuye a su titular el poder de imponer a terceros la abstención de toda intromisión en su esfera íntima, el derecho a la protección de datos atribuye al individuo titular un haz de facultades que componen diversos poder jurídicos que permiten infligir a terceros deberes jurídicos propios de hacer, que no se incluyen en el contenido del derecho a la intimidad, y que permiten garantizar a la persona titular de sus datos personales un control sobre los mismos.¹⁵

Por todo ello, podemos definir el contenido del derecho a la protección de datos como el poder de disposición y control sobre sus datos personales que se atribuye a su titular para decidir qué datos quiere facilitar a un tercero o poder público y cuales no, o cuales permite a dichos terceros acceder y recabar, decidiendo de esta manera quién puede hacer uso de sus datos personales y para qué, pudiendo oponerse a este uso en su caso. Estos poderes de

¹³ PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19 – 20, 2003, p. 50.

¹⁴ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, p. 49. STC 292/2000, FJ 6º

¹⁵ STC 254/1993, FJ 7º. El FJ 7 de la sentencia expone los diferentes derechos que ostentan los titulares en relación con la protección de datos de carácter personal:

“El Derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el Derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el Derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos.”

disposición y control que constituyen el contenido del derecho encuentran su concreción jurídica en el derecho o facultad para consentir el acceso y recogida de los datos personales, así como su tratamiento y almacenamiento, y finalmente su uso.¹⁶

Esta definición constitucional fundamental sobre el contenido del derecho establecido en la sentencia STC 292/2000 se encuadra de conformidad con el mandato establecido en el artículo 10.2 de la CE, en los instrumentos internacionales referidos al derecho fundamental, pudiendo destacar entre ellos, pese a no estar en vigor en ese momento, la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

En este sentido, resulta fundamental destacar la importancia que ha tenido el derecho de la Unión Europea en el reconocimiento de este derecho. Las sucesivas directivas dictadas en esta materia, así como las exigencias en materia de protección de datos contenidas en los diferentes convenios europeos lideraron el camino, pero fue la Carta Europea de Derechos Fundamentales la que permitió incorporar el derecho a la protección de datos en la normativa de la Unión.¹⁷

Además, resulta fundamental destacar el hecho de que el concepto del Derecho a la protección de datos, consolidado en esta sentencia, permite diferenciarlo de la acepción de Derecho a la autodeterminación informativa, que cómo se ha comentado anteriormente, surge de la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo.¹⁸

¹⁶ STC 292/2000, FJ 7º

¹⁷ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, p. 51.

¹⁸ PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19 – 20, 2003, p. 50.

2.1.2 Derecho a la intimidad personal y familiar

Tal y como se ha comentado con anterioridad, el derecho a la protección de datos de carácter personal va indudablemente unido al derecho a la privacidad e intimidad personal, en su objetivo de proteger la intimidad y la vida personal y familiar de las personas.

Sin embargo, no se trata de dos derechos idénticos con respecto a su contenido y naturaleza, de ahí que resulte interesante hacer una pequeña mención a las notas características de este otro derecho fundamental relacionado.

El artículo 18 de la constitución española de 1978 (CE) se refiere a este derecho fundamental en su primer apartado: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”¹⁹ Asimismo, también hace referencia a este derecho fundamental la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

Este reconocimiento constitucional, ratificado posteriormente por diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido fundamental en esta materia, ya que, se establecían distintos medios a través de estos derechos (entre los que se encuentra el derecho a la protección de datos), cuya finalidad última es la protección de datos, aunque se protejan autónomamente.

En concreto, resulta fundamental la definición del derecho a la intimidad personal formulada por el Tribunal Constitucional en la STC 231/1988, que deriva de la dignidad de la persona (Art. 10. CE), y que se puede definir como “existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana.”²⁰ Sin embargo, resulta fundamental hacer referencia al hecho de que la jurisprudencia constitucional no se refiere únicamente a la intimidad a la hora de abordar el ámbito de protección de este derecho, sino también a la vida privada, sin establecer una diferencia entre ambos conceptos.

Sin embargo, la doctrina competente en la materia opta por la necesidad de establecer una diferencia entre la intimidad y la vida privada. En este sentido, siguiendo la teoría de los círculos concéntricos, la intimidad personal y familiar se podría definir como la voluntad de las personas o unidades familiares de no dar a conocer o difundir públicamente sus pensamientos, ideología, creencias, relaciones, situación de salud, orientación y vida sexual (primer círculo), mientras que la vida privada formaría parte de la intimidad, pero sin

¹⁹ Artículo 18.1. Constitución Española.

²⁰ STC 231/1988, FJ 3º

identificarse completamente con ella. La vida privada se referiría de esta manera a aquellos ámbitos de la vida privada de las personas relacionados con la vida social, ámbito laboral, profesional o económica.²¹ Esta definición de vida privada, diferenciada del concepto de intimidad, ha sido seguida por el Tribunal Constitucional en su STC 12/2012, sobre la ilicitud de las cámaras ocultas.²²

A pesar de esta diferencia de criterios jurisprudenciales, han sido numerosas las sentencias del Tribunal Constitucional las que han delimitado el contenido y caracteres del derecho a la intimidad, delimitaciones que, tal y como se ha hecho referencia anteriormente, permiten establecer diferencias claras con el derecho a la protección de datos de carácter personal.

²¹ GUTIÉRREZ DAVID, E., “Intimidad y propia imagen: los ecos del common law americano y la evolución de la jurisprudencia constitucional española”, *Nueva Época*, núm. 14, Junio – agosto 2013, p. 93. ISSN: 1988-2629.

²² STC 12/2012, FJ 5º, párr. 3:

“La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que sería muy restrictivo limitar la noción de vida privada protegida por el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a un “círculo íntimo” en el que el individuo puede conducir su vida personal a su manera y excluir plenamente el mundo exterior no incluido en este círculo. No puede desconocerse que también en otros ámbitos, y en particular en el relacionado con el trabajo o la profesión, se desarrollan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; doctrina reiterada en las SSTEDH de 4 de mayo de 2000, Rotaru c. Rumania, § 43, y de 27 de julio de 2004, Sidabras y Džičiantas c. Lituania, § 44). La protección de la vida privada en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en suma, se extiende más allá del círculo familiar privado y puede alcanzar también a otros ámbitos de interacción social (SSTEDH de 16 de diciembre de 1992, Niemietz c. Alemania, § 29; de 22 de febrero de 1994, Burghartz c. Suiza, § 24; y de 24 de junio de 2004, Von Hannover c. Alemania, § 69).

Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P.G. y J.H. c. Reino Unido, § 57, y de 28 de enero de 2003, Peck c. Reino Unido, § 58).”

2.2. Marco normativo de protección de datos en la Unión europea

La legislación de la Unión Europea en materia de protección de datos de carácter personal es esencial para el reconocimiento y ejercicio de la protección de este derecho, dada la incorporación de España a la Unión Europea, y debido a ello, su sometimiento a la normativa de la Unión.

2.2.1 El artículo 8 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión

Como ya se ha comentado la protección de los datos de carácter personal encuentra su reconocimiento como derecho fundamental y autónomo en el artículo 18.4 de la Constitución Española.

Pero, además, no podemos olvidar su reconocimiento como derecho en el artículo 8 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea:

“1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.”

Del mismo modo, encontramos también un reconocimiento de este derecho fundamental en el artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, que aboga por el derecho de todas las personas a la protección de sus datos personales. Además, dicho artículo establece en su apartado segundo una concreción sobre el procedimiento a seguir para la protección de este derecho:

“2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos.”

De esta manera, mediante el reconocimiento constitucional estatal y europeo de este derecho, queda establecido el fundamento de la protección del tratamiento de datos de carácter personal.

2.2.2 Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 (RGPD)

El Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016, representa la normativa fundamental en la materia de la protección de datos de carácter personal, normativa de obligado cumplimiento por los estados miembros de la Unión Europea para garantizar el adecuado tratamiento de los datos de carácter personal de las personas.²³

Asimismo, este reglamento da un paso más en la concreción de este derecho al exponer que el derecho a la protección de datos de carácter personal no es absoluto, sino que su protección tiene que establecerse en función de la sociedad en la que se presente, así como desde el principio de proporcionalidad, manteniendo un equilibrio con los demás derechos fundamentales.

En este sentido, el fundamento de la creación de dicho reglamento (en adelante, RGPD) está en la necesidad de establecer un documento que garantice la seguridad jurídica y transparencia necesaria a los operadores económicos, y que, además, facilite a las personas físicas de los Estados miembros (este reglamento no se aplica a las personas jurídicas) el mismo nivel de derechos y obligaciones a exigir a los responsables y encargados del tratamiento de datos, de manera que se garantice una supervisión correcta de dichos datos, así como el establecimiento de sanciones a los estados miembros cuando no se cumplan con las obligaciones.

El presente reglamento tiene como objeto el establecimiento de las normas relativas a la protección de las personas físicas en el tratamiento de sus datos personales, así como las normas con respecto a la libre circulación de los datos. (Artículo 1. Objeto).

De esta manera, a través de sus diferentes artículos se establece el ámbito de aplicación de la ley (tratamiento automatizado total y parcial y tratamiento no automatizado), definiciones esenciales en la materia (datos personales, tratamiento, elaboración de perfiles, entre otros), los principios relativos al tratamiento, tipos de tratamiento, los derechos que tienen las personas en relación con el tratamiento (transparencia, información y acceso a los datos, derecho a la supresión, limitación del tratamiento, portabilidad de datos, derecho de

²³ Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 (RGPD): *“Los principios y normas relativos a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos de carácter personal deben, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, respetar sus libertades y derechos fundamentales, en particular el derecho a la protección de los datos de carácter personal.”*

oposición y decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles), limitaciones al tratamiento, obligaciones de los responsables del tratamiento, la importancia de la seguridad del tratamiento, así como el establecimiento de códigos de conducta en los Estados miembros con respecto a la aplicación del reglamento, el papel de las autoridades de control, así como disposiciones sobre situaciones específicas del tratamiento.²⁴

Nuevas perspectivas legislativas en el Derecho Comunitario

En la actualidad existen dos propuestas normativas que se están debatiendo en este momento:

La propuesta de la Comisión Europea de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la transparencia y la segmentación de la publicidad política

Esta propuesta tiene como objetivo y justificación de la misma la protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de sus datos personales mediante el establecimiento de normas que guíen el uso de las técnicas de segmentación y amplificación del proceso de publicidad política.

En concreto, pretende establecer mayores garantías y normas de protección ante los riesgos del perfilado ideológico.

“Se ha observado que el tratamiento de datos personales con esos fines, en particular los datos considerados sensibles con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 y al Reglamento (UE) 2018/1725, tiene efectos negativos específicos sobre los derechos de los ciudadanos, en particular para su libertad de opinión e información, tomar decisiones políticas y ejercer sus derechos de voto. Algunos Estados miembros también han intentado o están estudiando la posibilidad de intervenir en relación con la segmentación. En un contexto de armonización de las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos, es necesaria y apropiada una intervención a escala de la Unión para garantizar una protección adicional específica de los datos personales cuando se utilicen en el contexto de la publicidad política.”²⁵

²⁴ Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016.

²⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la transparencia y la segmentación de la publicidad política.

Esta propuesta se encuentra en el Parlamento europeo actualmente, que ha elaborado algunas conclusiones, entre las que se destaca la necesidad de prohibir estas técnicas de segmentación en protección de los derechos de las personas.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión

El objetivo, tal y como se establece en la exposición de motivos de esta propuesta es establecer normas armonizadoras en materia de inteligencia artificial, dados los numerosos beneficios que la evolución de la tecnología puede reportar, pero también, con la finalidad de hacer frente a los riesgos o consecuencias negativas que puede generar en la sociedad.

En concreto, con respecto al tratamiento de los datos personales, esta propuesta de Reglamento también recoge determinadas normas específicas, centrándose en el establecimiento de limitaciones al uso de sistemas y técnicas de inteligencia artificial para la identificación biométrica “en tiempo real”, permitiéndose siempre y cuando sean compatibles con la norma propuesta, pero sin pretender constituir una base jurídica para el tratamiento de datos personales.

El 14 de junio de 2023 los eurodiputados adoptaron una postura negociadora sobre el Reglamento o ley de la IA, posición que dará lugar a próximas conversaciones en el Consejo, con el fin de alcanzar un acuerdo a finales de año.²⁶

²⁶ Parlamento Europeo. *Ley de la IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial* [En línea]: *Noticias Parlamento Europeo*: 14 de junio de 2023. Parlamento Europeo.

2.3. Marco normativo español de la protección de datos

El derecho a la protección de datos debe su reconocimiento como derecho autónomo e independiente del derecho a la intimidad a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin embargo, esto no resta importancia a su regulación de legal como derecho digno de protección.

Debido a ello, resulta fundamental abordar el reconocimiento constitucional de este derecho, así como los ulteriores ámbitos regulatorios de su protección estatal, que establecen el alcance y concreción de este derecho.

2.3.1 El artículo 18.4 de la Constitución española

La protección de los datos de carácter personal es un derecho fundamental y autónomo recogido en el artículo 18.4 de la Constitución Española: “4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

Es en este artículo dónde encontramos una primera aproximación a lo que luego sería el reconocimiento jurisprudencial de este derecho como un derecho fundamental autónomo e independiente digno de protección, a través de la pionera STC 292/2000.²⁷

De esta manera, la Constitución Española enmarca la protección de los datos de carácter personal como un derecho digno de protección, al encuadrarlo en el título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales.

²⁷ Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2.3.2 Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales (LOPD)

El origen de la concreción del concepto y alcance del derecho a la protección de datos personales lo encontramos en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos personales (LORTAD), la cual fue sustituida por la Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales, con el fin de trasponer la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre protección de las personas físicas con respecto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Se trata de una ley orgánica que supuso un segundo hito en la evolución de la regulación del derecho fundamental a la protección de datos en España, evolución que se complementó con una variada jurisprudencia de órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.²⁸

La Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales tiene como objeto establecer una garantía y protección con respecto a las libertades públicas y derechos fundamentales de las personas físicas, cuando estos se vean afectados por el tratamiento de dichos datos por terceros (Artículo 1. Objeto).

De esta manera, a través de sus diferentes artículos se establece el ámbito de aplicación de la ley, especificando, entre otros aspectos, el tipo de datos objeto de la misma, la definición de los datos personales, los principios de la protección de datos (calidad, derecho de información de la recogida, consentimiento del afectado, datos especialmente protegidos, seguridad de los datos, deber de secreto, comunicación y acceso a los datos por terceros), los derechos que tienen las personas en relación con el tratamiento de sus datos (impugnación de valoraciones, derecho de acceso, derecho de rectificación y cancelación, procedimiento de oposición, tutela de los derechos y derecho a la indemnización), así como algunas excepciones a estos derechos, y el papel de la Agencia de Protección de Datos.²⁹

²⁸ Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

²⁹ Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2.3.3 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, surge con la finalidad de adaptar la normativa europea sobre protección de datos de carácter personal (RGPD) a la regulación nacional, de conformidad con el principio de seguridad jurídica.

De esta manera, a través de los noventa y siete artículos que componen la ley, estructurados en diez títulos y veintidós disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dieciséis disposiciones finales, se lleva a cabo una adaptación del RGPD, así como una regulación estatal que establezca una garantía de los derechos digitales de conformidad con el artículo 18.4 de la CE (Artículo 1. Objeto de la ley). Destacando una novedosa regulación de los datos de las personas fallecidas, en la que, tras la exclusión del ámbito de aplicación de la ley su tratamiento, se permite a las personas vinculadas con la persona fallecida por lazos familiares o, de hecho, que puedan solicitar el acceso a dichos datos, así como ejercer los correspondientes derechos de rectificación o supresión.³⁰

Especialmente, resulta interesante destacar las obligaciones generales del responsable y encargado del tratamiento, establecidas en el artículo 28 de la ley, teniendo que aplicar las medidas y técnicas apropiadas para garantizar el tratamiento acorde con las disposiciones legales vinculantes en la materia, así como tener en cuenta los posibles riesgos que el tratamiento de los datos personales puede generar para los derechos fundamentales y libertades básicas de las personas afectadas por los mismos.

Finalmente, no podemos olvidar la función que se le atribuye al Tribunal Constitucional en relación con los responsables y encargados del tratamiento de los datos personales en el artículo 34 de la Ley Orgánica 3/2018, ya que, la Secretaría General del Tribunal, como responsable de tratamiento de los datos personales de su ámbito de trabajo, propone al presidente del Tribunal la designación de un delegado de protección de datos, cuya finalidad es supervisar el cumplimiento de la normativa de protección de datos de carácter personal en el Tribunal Constitucional.

³⁰ Preámbulo V de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2.3.4 Legislación estatal anterior y posterior al Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016

Finalmente, a modo de identificar alguna normativa más reciente en esta materia, se puede destacar el Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

Principios relativos al tratamiento

Una vez que se ha hecho un recorrido normativo con respecto al derecho a la protección de datos personales, podemos extraer una serie de principios relativos al tratamiento, que derivan de la LOPDGDD, y especialmente, del RGPD.

El derecho a la protección de datos de carácter personal surge con la finalidad de proteger los derechos y libertades de las personas físicas frente a los peligros y riesgos a los que se exponen en su vida cotidiana gracias al surgimiento y evolución de las nuevas tecnologías de la información en la sociedad actual.

Debido a ello, el ordenamiento jurídico del derecho a la protección de datos establece diferentes medios y límites al acceso a la información de las personas para lograr la protección óptima de este derecho.

En este sentido, la legislación europea vinculante en la materia, que como sabemos tiene primacía sobre la legislación española, establece los principios relativos al tratamiento de los datos de carácter personal. En concreto, el artículo 5 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección e 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), dispone lo siguiente:

“1. Los datos personales serán:

- a) tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con el interesado («licitud, lealtad y transparencia»);
- b) recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines; de acuerdo con el artículo 89, apartado 1, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»);
- c) adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);
- d) exactos y, si fuera necesario, actualizados; se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan («exactitud»);
- e) mantenidos de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales; los datos personales podrán conservarse durante períodos más largos siempre que se traten exclusivamente con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el artículo 89, apartado 1, sin perjuicio de la aplicación de las medidas técnicas y organizativas apropiadas que impone el presente Reglamento a fin de proteger los derechos y libertades del interesado («limitación del plazo de conservación»);
- f) («integridad y confidencialidad»).

2. El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 y capaz de demostrarlo («responsabilidad proactiva»).”³¹

Una vez expuestos los principios de obligado cumplimiento en relación con el acceso y tratamiento de los datos de carácter personal por terceros, resulta pertinente abordar alguno de ellos de manera más amplia, debido a los conflictos que pueden surgir al respecto, así como el interés práctico que puede reportar en la vida cotidiana de las personas.

³¹ Artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679.

2.1.3.1 El deber de confidencialidad en la protección de datos

El artículo 3 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante LOPDGDD) recoge en el artículo 5 un límite fundamental para el acceso por terceros de informaciones y datos de carácter personal. En concreto, el artículo 5 de la ley orgánica en su apartado primero establece la obligación de los responsables y encargados del tratamiento de datos, así como todas las personas que intervengan en cualquier fase del mismo, de estar sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del RGPD, es decir, garantizando que se respete la seguridad de los datos personales, incluyendo la protección en supuestos de tratamiento no autorizado o ilícito, o en caso de pérdida, destrucción o daño accidental de los mismos, por medio de la utilización de mecanismos o herramientas técnicas u organizativas óptimas.

2.1.3.2 Finalidad de interés público y fines de investigación científica e histórica.

Tal y como se recoge en el mencionado artículo 5 del RGPD, uno de los principios que deben seguir los terceros que lleven a cabo un tratamiento de datos de carácter personal es que los mismos sean recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos. Sin embargo, tal y como se recoge a continuación, cuando el tratamiento de los datos se realice con fines de interés público, investigación científica e histórica, o estadística, no se considerará incompatible con los fines anteriores.

En este sentido, el artículo 89 del RGPD establece una serie de garantías y excepciones aplicables a este tratamiento con fines de interés público, investigación científica o histórica, o fines estadísticos, con la finalidad de proteger los derechos y libertades de las personas afectadas. Dentro de estas garantías podemos destacar el establecimiento de técnicas de minimización de los datos, como la seudonimización, siempre que permita la consecución de dichos fines. Asimismo, resulta fundamental exponer las excepciones a los derechos reconocidos a las personas titulares de los datos, y que se contemplan en este reglamento, cuando lo justifican el tratamiento con fines de interés público, o investigación científica o histórica, o estadística, tales como el derecho a dar confirmación al tratamiento, así como a tener información del acceso y uso de los datos (artículo 15), el derecho de rectificación de los datos inexactos de los que sea titular (artículo 16), derecho de supresión (“el derecho al olvido”) de los datos personales que le afecten (artículo 18), y el derecho a que se limite el tratamiento de sus datos de carácter personal cuando se cumplan las condiciones/principios de tratamiento (artículo 19).

3. TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS

3.1 Los partidos políticos y la protección de datos

Los partidos políticos constituyen uno de los pilares fundamentales de todo sistema democrático.

Para su correcto funcionamiento y eficacia es fundamental tener en cuenta las opiniones e ideologías de los ciudadanos con derecho a voto, pero, sin embargo, este ámbito esencial del trabajo de los partidos políticos no puede estar exento del cumplimiento de normas y protocolos en relación con la protección de los derechos y libertades fundamentales, en concreto, con respecto al derecho a la protección de datos de carácter personal a los que acceden, recopilan y utilizan en las campañas políticas.

Como señala García Mahamut “Son diversas las incidencias que un uso indebido de los datos personales de los electores y votantes puede tener en el buen fin que persiguen las reglas del juego democrático que garantizan la alternancia. Múltiples son, también, las disfunciones que se pueden producir en el normal funcionamiento del Estado democrático cuando un acopio masivo y no consentido de datos personales pueden estar permitiendo construir alternativas de poder lejos de la defensa del interés general.”³²

El derecho a la protección de datos de carácter personal, que tal y cómo se ha comentado con anterioridad, ha sido reconocido constitucionalmente como un derecho fundamental autónomo, puede entrar en conflicto con otros derechos y libertades públicas, en concreto, con los derechos a la libertad de expresión e información, el derecho de libertad sindical, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la participación política.³³

Si nos centramos en el contexto actual de España, podemos ver que esta posible conflictividad de derecho se ve especialmente favorecida por la amplia configuración de la libertad informática establecida en la LOPD, que extiende su ámbito de protección más allá de lo establecido en la Directiva 95/46/CE, que limitaba el ámbito de dicho derecho al tratamiento total o parcialmente automatizado de los datos de carácter personal, así como al tratamiento no automatizado de dichos datos contenidos en ficheros. Esta ley amplía el ámbito del derecho no sólo a lo dispuesto en la directiva, si no, además, a los datos que se

³² GARCÍA MAHAMUT, R., “Partidos políticos y derecho a la protección de datos en campaña electoral: tensiones y conflictos en el ordenamiento español”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, p. 310.

³³ MATIA PORTILLA, E., “Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 42, 2017, pp. 132 – 133.

incluyan en soportes físicos, y que estén destinados al tratamiento y cualquier categoría de uso posterior por los poderes públicos y privados.

3.1.1 Recolección de datos de naturaleza política y riesgo de vulneración de la normativa de protección de datos (Garantías y salvaguardas del tratamiento de datos de categoría especial).

El “mundo o sociedades modernas” si citamos a Castells ha experimentado en sus tiempos más recientes el fenómeno del surgimiento de las nuevas tecnologías de la información, las cuales permiten el acceso y procesamiento de cantidades enormes de datos, pero que, al mismo tiempo, representan graves riesgos para la privacidad de las personas titulares de los mismos.³⁴

En la actualidad, tanto los poderes públicos como las entidades privadas cuentan con numerosas técnicas y herramientas que les permiten acceder a la esfera privada de los ciudadanos. De esta manera, mediante la utilización de métodos de análisis de datos de tráfico (metadatos) y de rastreo de las opiniones, gustos, conductas y deseos de los ciudadanos que éstos hayan introducido voluntariamente o no en su trayectoria en internet, se puede acceder al “yo” de cada ciudadano.

La legislación europea no es extraña a los conflictos y problemas que el surgimiento y consolidación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación electrónica producen en los sistemas democráticos de los estados de la Unión. En concreto, en el periodo electoral, los distintos medios de internet han asumido un papel fundamental en las fases de la comunicación política y de campaña electoral, desplazando a los tradicionales y arraigados modos de comunicación convencional.

Este cambio en el modo de hacer política, y, especialmente, en el proceso de formación de opinión pública, ha facilitado el trabajo de los partidos políticos, mediante una comunicación pública libre, dónde todos los participantes pueden hacer oír su palabra de una forma más directa, legítima y sin limitarse a una pantalla rígida, generando de esta forma, las mejores condiciones para expresar el pluralismo político. No obstante, este cambio no está exento de riesgos, ya que sucesos como la desinformación o *fake news*, el acceso y utilización manipulada de los datos de carácter personal a los que no se tiene consentimiento para acceder, o supuestos de creación de bots, trolls o el uso de algoritmos e inteligencia artificial, para

³⁴ GONZÁLEZ DE LA GARZA, L.M., “El Big Data como la gran herramienta de pronóstico de tendencias en los sistemas electorales. Del salto del paradigma demoscópico a los datos de comportamiento real”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, p.2.

conseguir viralizar publicaciones políticas, están a la orden del día en el proceso político y generan desconcierto, manipulación y desconfianza en la opinión pública.³⁵

Tratamiento de datos de categoría especial

El artículo 9 del RGPD recoge las distintas reglas que deben regir el tratamiento de los datos personales de categoría especial, estableciendo prohibiciones que permitan salvaguardar y establecer garantías para este aspecto fundamental del derecho a la protección de datos.

En concreto, en el apartado 1 del referido artículo 9 se recoge una prohibición general, que al mismo tiempo identifica el tipo de datos que integran esta categoría especial “Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física.”

El RGPD recoge determinadas categorías especiales de datos, identificando dentro de las mismas los datos referentes a opiniones políticas y religiosas. Este tipo específico de datos representan el objeto de protección de otros derechos fundamentales como son el derecho a la libertad ideológica y religiosa, y por ello, gozan de una especial protección, protección especial que justifica establecer rigurosas garantías de tratamiento dentro del ejercicio del derecho a la protección de datos personales. Una de estas garantías esenciales es la exigencia del consentimiento válido para el acceso y tratamiento de estos datos especiales.³⁶

Una vez identificados los datos de ideología política como datos integrantes de las categorías especiales de datos protegidas en el RGPD, nos tendríamos que preguntar si estos datos políticos dignos de protección se refieren a todos los partidos políticos y a todos los miembros de estos, ya que no siempre es fácil identificar a todos los sujetos implicados en el proceso electoral, que pueden ser titulares del ejercicio de las acciones integrantes del derecho a la protección de datos.

³⁵ GARCÍA SANZ, R.M., “Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: Todo en interés público”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 183, 2019, p. 137.

³⁶ SAMPERE SAMANIEGO, J. “Tratamiento de datos de ideología política y religiosa en la realización de encuestas”, *LA LEY privacidad*, núm. 5, 2020, p. 1.

Esta cuestión es fundamental ya que los partidos políticos en cumplimiento de los principios de legitimidad democrática y pluralismo político (Art. 6 CE), tienen que realizar una función óptima de vigilancia, recopilación y utilización de dichos datos relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos, ya que su acceso supone una intromisión intensa en la esfera privada de las personas titulares de los datos, por lo que se tiene que verificar que este tratamiento no sea utilizado por los partidos políticos con una intencionalidad de manipular el voto, menoscabando la libertad.³⁷

En este sentido lo han regulado el Parlamento Europeo y el Consejo en el artículo 6.1 del RGPD, que establece que el tratamiento será lícito si cumple alguna de las condiciones establecidas, entre las que podemos destacar: “cumplimiento de una obligación legal” (6.1.c); “cumplimiento de una misión realizada en interés público en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento” (6.1.e); o bien cuando “el tratamiento sea necesario para satisfacer intereses legítimos por el responsable del tratamiento o por un tercero” (6.1.f).

No obstante, en el artículo 9.2 del Reglamento se establecen excepciones a esta regla general de prohibición de tratamiento. Si nos centramos en el supuesto que nos ocupa, el tratamiento de datos de naturaleza política, encontramos una excepción clara para el tratamiento de estos datos, “el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado.” (Art 9.2 g) del RGPD).

Y, además, encontramos otra excepción a la prohibición de tratamiento de los datos en el apartado 4 de este mismo artículo 6 del reglamento “Cuando el tratamiento para otro fin distinto de aquel para el que se recogieron los datos personales constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1.”

³⁷ GARCÍA SANZ, R.M., “Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: Todo en interés público”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 183, 2019, p. 146.

Es precisamente en el apartado 2 del artículo 9 del RGPD en el cual se establece una excepción a la prohibición de tratamiento de datos de naturaleza política, cuando el mismo sea necesario por razones de interés público esencial, donde encontramos una salvaguarda clara que pretende garantizar la protección de este derecho, al condicionar la permisión del tratamiento a la proporcionalidad en el objetivo perseguido, el respeto al derecho a la protección de datos, así como a la obligación de establecer medidas necesarias y específicas para proteger los derechos e intereses del titular de dichos datos.

Asimismo, en el mismo artículo 9.2 del Reglamento, en el apartado d, se recoge otra excepción a la regla general del tratamiento de datos de carácter esencial cuando “El tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados.”

En esta segunda excepción podemos encontrar otra salvaguarda clara al restringir el tratamiento de los datos de naturaleza política por una asociación, a datos de miembros actuales o personas que tengan una vinculación clara con dicha asociación, y siempre que no se comuniquen sin disponer del consentimiento de sus titulares. Esta salvaguarda es clara para el caso de los partidos políticos, ya que, sus miembros, por el mero hecho de la filiación, se puede interpretar que prestan su consentimiento en todo momento para el tratamiento de sus datos con fines políticos y organizativos. A pesar de ello, este apartado genera dudas con respecto a la garantía de la protección de datos de naturaleza política dada la posibilidad de que esta excepción pueda alcanzar a un mayor número de personas si nos basamos en el ámbito electrónico de “contactos regulares”, ya que los partidos políticos tienen que seguir una serie de principios que garanticen la correcta recopilación de los datos.

Igualmente, conviene hacer referencia la razón 56 expuesta en la exposición de motivos presente reglamento: “Si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas.” Esta razón expuesta en la exposición de motivos del RGPD ya nos apuntaba la excepción a

la prohibición general del tratamiento de datos de naturaleza política que posteriormente se concretaría en el citado artículo 9.2, apuntando a una razón fundamental: que así lo requiera el funcionamiento del sistema democrático de un Estado.

Por otro lado, conviene hacer referencia al hecho de que no sólo los partidos políticos deben cumplir con las garantías establecidas legalmente en relación con el tratamiento de los datos de ideología política, sino que los poderes públicos, y específicamente las Administraciones Públicas, también tienen acceso a dichos datos, y por ello, deben cumplir una labor rigurosa de observar las garantías específicas en relación con el tratamiento de dichos datos.

En este sentido, podemos destacar la sentencia de 12 de marzo de 2020 de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, que declaró que el Ayuntamiento había vulnerado el artículo 7.2 de la LOPD al no recabar el consentimiento necesario expreso (causa legitimadora que permite el tratamiento de los datos tal y como se recoge en el artículo 9.2 del RGPD), escrito e informado a los afectados para el tratamiento de sus datos de ideología y religión. Este artículo 9.2 del Reglamento es fundamental para el tratamiento de datos especialmente protegidos, estableciendo como una de las excepciones a la prohibición general de tratamiento el consentimiento expreso, explícito e informado a su titular, con la excepción de que los Estados miembros establezcan que la prohibición de tratamiento de los citados datos no puede ser levantada, lo cual determinará que el solo consentimiento no será suficiente para el tratamiento de los datos de ideología (Art. 9.1 RGPD).³⁸

Por todo ello, el legislador tiene que ser especialmente riguroso en la regulación de los términos del tratamiento de los datos de opiniones políticas por parte de los partidos. De lo contrario se incrementará aún más la desconfianza ya existente de la población en el papel de los partidos políticos como conformadores de opinión pública, opinión pública que en la actualidad se encuentra en una profunda crisis, sobre todo con el desplazamiento de los medios convencionales y la aparición estelar de internet en las campañas políticas.³⁹

En definitiva, no se puede permitir que la excepción a la prohibición general del tratamiento de los datos de relativos a opiniones políticas basándose en la necesidad de interés público, sea utilizada por los partidos políticos como una baza para manipular el proceso electoral.

³⁸ SAMPERE SAMANIEGO, J. “Tratamiento de datos de ideología política y religiosa en la realización de encuestas, LA LEY privacidad, núm. 5, 2020, pp. 2-5.

³⁹ GARCÍA SANZ, R.M., “Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: Todo en interés público”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 183, 2019, p. 148.

3.1.2 Campañas electorales y el perfilado ideológico (*Límite absoluto del perfilado ideológico*).

Un aspecto fundamental en el ámbito de la protección de datos relativos a las opiniones políticas son las campañas electorales, debido a los riesgos que el tratamiento de los datos personales con fines políticos representa para la protección de la privacidad de los ciudadanos que participan en ellas, así como las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales y principios democráticos que pueden darse en el proceso electoral.

Ya la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y garantía de los Derechos digitales (LOPDGDD), se refiere al tratamiento de los datos realizado por los partidos políticos en el proceso de campaña electoral al excluir de su ámbito de regulación los llamados “ficheros regulados por la legislación del régimen electoral (Art. 23.a)). De esta manera se estaba refiriendo al censo electoral y al uso que podían hacer del mismo los partidos políticos en los procesos electorales. Dicho censo, tal y como se recoge de forma expresa en el artículo 41.5 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) únicamente puede ser usado para los fines de transmitir la publicidad electoral al domicilio del elector en el marco de la campaña electoral así como para el control de la votación realizado por las mesas electorales por los interventores, y una vez finalizada la campaña, los partidos políticos no pueden hacer uso de los datos de dicho censo para cualquier tipo de tratamiento, con la excepción de que exista consentimiento expreso de los afectados. Se trata de una prohibición de conservar y hacer uso de los datos del censo en su base electoral, más allá de la campaña, que resulta muy difícil de controlar en la práctica.⁴⁰

Todo ello hace que la recopilación de datos en las campañas electorales, especialmente tras la popularidad creciente del uso de técnicas de big data en las mismas, se haya convertido en un proceso de recolección de datos que ha experimentado un crecimiento sin precedentes, pero, al mismo tiempo que se ha mejorado el proceso de obtención de datos en las campañas también se han incrementado los riesgos de vulneración de los derechos fundamentales y legislaciones de protección de datos, como fue el caso de las campañas de Cambridge Analytica, que tuvo como resultado el acceso ilegítimo a datos no estructurados de Facebook.

41

⁴⁰ SÁNCHEZ MUÑOZ, O., “Las campañas electorales digitales en España y su problemática jurídica”, *La regulación de las campañas electorales en la era digital: Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Universidad de Valladolid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 285.

⁴¹ HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, p. 46 – 47.

Una vez que se ha hecho referencia a la importancia de las campañas electorales en el derecho a la protección de datos, conviene centrarse en un aspecto específico y esencial de las mismas, por la importancia que tiene en el tratamiento de los datos: El perfilado ideológico.

El **perfilado ideológico** es aquella técnica que pretende influir políticamente en los electores e inclinar el voto mediante el envío de mensajes segmentados en función de los principales rasgos y características del público objetivo. Se encuentra fuertemente vinculada con el *microtargeting*, es decir, aquel fenómeno que persigue el fin de producir una influencia estratégica en la población votante, que le permita inclinar el voto. Este suceso se incluye dentro de la campaña electoral de los partidos políticos, y se desglosa en una serie de fases, entre las que podemos destacar la recopilación de información personal de los votantes, que les permita diseñar y enviar mensajes personalizados a los mismos en función de sus preferencias e inclinaciones políticas.

De esta manera, con el desarrollo de esta técnica, y de la mano del *big data* y una óptima técnica analítica de datos, el perfilado ideológico permite a los partidos políticos contar con una gran precisión a la hora de establecer sus audiencias de nicho, de manera que se pueda crear una base de votantes, diseñar mensajes dirigidos específicamente a votantes no inclinados políticamente a ese partido, así como desmotivar, utilizando mensajes apropiados, a la base de votantes de los demás partidos políticos.⁴²

El propio RGPD ya se refiere a esta técnica política en su artículo 22.1, al hablar de la elaboración de perfiles: “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.”

De esta manera, se cuenta con una protección en la normativa reguladora sobre protección de datos con respecto al tratamiento automatizado de los datos con motivo de elaboración de perfiles, estableciendo el derecho de los titulares a no ser objeto de los mismos, si bien en el apartado 2 del presente artículo 22 se recoge una excepción cuando tal decisión esté autorizada por el Derecho de la Unión o por los Estados miembros, siempre y cuando se apliquen las medidas y salvaguardas adecuadas para la garantía de los derechos, libertades e intereses legítimos de los ciudadanos. Y, además, los datos que se obtengan mediante la técnica del perfilado y que aventuren opiniones relacionadas con inclinaciones políticas y

⁴² HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, p. 45.

electorales contarán con la prohibición de tratamiento que se le confiere en dicho reglamento a los datos de categoría especial (Art. 9.1 RGPD).

En España, el perfilado basado en el análisis del *big data* no se trataba de una técnica expresamente regulada, antes de la entrada en vigor del RGPD, dentro del ámbito de aplicación de la LOPD, ahora sustituida por la LOPDGDD antes mencionada, normativa que al estar diseñada para el ámbito de los datos estructurados y estáticos, no era fácilmente trasladable en la práctica al big data, es decir, identificar los datos objeto de tratamiento como personales, o aplicar los principios de consentimiento y los principios de calidad de los datos (principio de finalidad). Pero, además, lo preocupante del uso del big data en el ámbito de las campañas políticas es precisamente el hecho de que se pueden inferir datos relativos a las ideologías políticas o preferencias electorales de las personas mediante datos que no están protegidos explícitamente.⁴³

Debido a ello, tal y como se ha recogido anteriormente, el RGPD con la finalidad de evitar los inconvenientes del perfilado regula dicha técnica a la que define como “toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física” (Artículo 4.4 RGPD).

El desarrollo del proceso de perfilado requiere de *tres fases* fundamentales. En primer lugar, la constitución de una infraestructura de datos con la información personal de los potenciales electores (primera fase); la realización de un proceso de perfilado de los usuarios y de predicción mediante la utilización de modelos estadísticos de tecnología avanzada (segunda fase); y, por último, el establecimiento de una comunicación con los usuarios (tercera fase). Mientras que las dos primeras fases se basan en el *target* o público objetivo de electores que van a interesar en la campaña electoral, la última fase ahonda en la intervención práctica por medio del envío de mensajes específicos a los electores de manera que incentiven o desincentiven el voto.⁴⁴

⁴³ SÁNCHEZ MUÑOZ, O., “Las campañas electorales digitales en España y su problemática jurídica”, *La regulación de las campañas electorales en la era digital: Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Universidad de Valladolid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 287 – 288.

⁴⁴ HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, p. 45.

Una vez que los partidos políticos han creado una infraestructura en la que recopilen los datos personales referentes a su público electoral objetivo (primera fase), se produce el verdadero proceso del perfilado ideológico o segunda fase. Esta fase consiste en utilizar esa infraestructura o base de datos previamente creada para constituir un modelo que les permita predecir las preferencias políticas e inclinaciones de voto de sus potenciales electores. De esta manera, mediante el establecimiento de grupos o categorías de individuos vinculados por características comunes concretas, se consigue una segmentación de electores que les permita dirigir de forma más efectiva sus mensajes y comunicaciones políticas.⁴⁵

La utilización de medios tecnológicos y datos personales en el marco de las campañas electorales, como es el caso del perfilado ideológico, se encuentra regulada en el artículo 58 bis de la LOREG, cuyo primer apartado ha sido anulado por la Sentencia del TC 76/2019 “Los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral.” (Art. 58 bis 2).

Por otro lado, conviene hacer referencia a los distintos medios por los que se pueden obtener estos datos personales, ya que no siempre son resultado de la aplicación de medios estadísticos y tecnológicos complejos, sino que en muchas ocasiones los partidos políticos pueden tener acceso a informaciones que pueden relacionarse con inclinaciones políticas por medio de los datos depositados los individuos en redes sociales, de manera libre por sus titulares, de forma que pudiesen eludirse las restricciones impuestas por el propio RGPD al tratamiento de datos sensibles.

Una vez que se tiene acceso a estos datos, ya sea mediante informaciones puramente políticas o por medio de datos banales, se pueden inferir las decisiones de voto que el público objetivo podría emprender, por medio del análisis de su estilo de vida, valores y personalidad, y de esta manera, teniendo acceso a estas características específicas de los ciudadanos, utilizar mensajes microsegmentados que inclinen su decisión electoral. De esta forma, el uso de la técnica del perfilado ideológico pone en marcha un modelo predictivo que relaciona características de la personalidad e inclinaciones electorales, que permite a los partidos políticos agrupar y microsegmentar su público objetivo, realizando una publicidad política óptima y efectiva.⁴⁶

⁴⁵ HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, p. 48.

⁴⁶ HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su

En definitiva, la utilización de técnicas analíticas avanzadas por parte de los partidos políticos puede generar grandes oportunidades en el desarrollo del sistema democrático, pero al mismo tiempo también puede producir muchos riesgos. La utilización del big data para el análisis y tratamiento de los datos relativos a opiniones políticas que permiten identificar a los potenciales votantes por su perfil opinático, y de esta manera, fragmentar la sociedad y enviar mensajes a cada grupo de votantes con el fin electoral buscado, requiere que se utilicen dichos métodos electrónicos de análisis siguiendo una serie de cautelas y garantías, de lo contrario el pluralismo político propio de una sociedad democrática como la española podría verse sumamente afectado, y el imperio de la ley como expresión de la voluntad general podría dejar de serlo.⁴⁷

Límite absoluto del perfilado ideológico: La vertiente negativa de la libertad ideológica

Una vez que se ha expuesto la técnica del perfilado ideológico, resulta fundamental incidir en el límite para su utilización por parte de los partidos políticos en la campaña electoral.

El perfilado ideológico no está exento de inconvenientes, sobre todo cuando se usa de forma abusiva rebasando los límites de la protección de los derechos de las personas, y evadiendo los límites impuestos por la normativa europea reguladora. La llamada huella digital ha contribuido mucho al incremento de estos problemas, ya que se puede acceder fácilmente a las informaciones relativas a opiniones e inclinaciones políticas que dejan los ciudadanos en sus redes sociales y demás sitios web.

El tratamiento posterior de datos relativos a opiniones y creencias políticas se ampara en la llamada libertad ideológica, que se basa en la libertad y manifestación voluntaria de los propios valores y creencias. Sin embargo, no podemos dejar de hacer referencia a la existencia de una vertiente negativa de este mismo derecho, que los poderes públicos y los partidos políticos han de respetar, la vertiente negativa de la libertad ideológica: “Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.” (Art. 16.2 CE).

Sobre esta dimensión negativa de la libertad ideológica se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 76/2019, de 22 de mayo: “el secreto o silencio sobre las ideas o posiciones políticas propias, sin ser objeto de coacción o perturbación alguna antes o después de su proclamación o modificación, ni derivada del silencio libremente elegido.”⁴⁸

problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, p. 49 – 50.

⁴⁷ GARCÍA SANZ, R.M., “Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: Todo en interés público”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 183, 2019, p. 148.

⁴⁸ STC 76/2019, FJ 5.

Es precisamente esta dimensión negativa la que vendría a contener una especie de mandato legal a los poderes públicos, que serían los sujetos pasivos directos de la libertad ideológica, de garantizar la no vulneración de este derecho fundamental tanto en su vertiente positiva como en su vertiente negativa, asegurando la tutela. Pero, además, esta obligación constitucional, que además cuenta con una profunda influencia de la jurisprudencia del TC, se extiende también a otros sujetos de relevancia constitucional como son los partidos políticos, a los que se les aplica el deber negativo de evitar realizar cualquier actuación que vulnere la libertad ideológica en todas sus dimensiones. Sin embargo, dada la vulneración de este límite absoluto, se considera fundamental, tal y cómo se pronunció la AEPD en su circular 1/2019, que el Tribunal Constitucional establezca de manera radical este límite absoluto.⁴⁹

3.1.3 El perfilado ideológico en el marco del Estado de Partidos.

Los sistemas democráticos contemporáneos se enfrentan en la actualidad a la gran desconfianza que manifiestan los ciudadanos en el sistema político, situación que hace que los partidos políticos sean objeto de una mayor investigación y control de sus prácticas políticas y del cumplimiento de los parámetros legalmente establecidos.

No podemos olvidar que los partidos políticos tienen que cumplir una serie de funciones de acuerdo con un mandato constitucional: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.” (Art. 6 CE).

Teniendo en cuenta el papel fundamental que desempeñan los partidos políticos en la sociedad democrática resulta fundamental abordar los inconvenientes que puede representar la técnica del perfilado ideológico en el proceso electoral con respecto a la compatibilización con las funciones que les corresponden como instrumentos del sistema democrático español.

Entre las distintas funciones que realizan los partidos políticos, podemos destacar su papel en la participación política. En concreto, cumplen un papel esencial en la movilización del electoral, función que desde el punto de vista del perfilado ideológico se ve incrementada, ya que, al tener la capacidad de establecer segmentos de público objetivo al que dirigir sus

⁴⁹ HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, p. 67.

mensajes políticos en función de sus características específicas, son capaces realizar una comunicación más óptima y adecuada a las preferencias de los potenciales votantes, lo cual permite aumentar la participación electoral y al mismo tiempo disminuir la impasibilidad de la población votante.⁵⁰

Esta función específica de los partidos políticos es fundamental, ya que no podemos olvidar que uno de los fenómenos más preocupantes de los sistemas electorales de las sociedades democráticas europeas contemporáneas, y especialmente la española, es la disminución de la participación política. De esta manera se podría justificar la admisibilidad del perfilado ideológico, en pro de la participación política, pero que, sin embargo, debe sujetarse a una serie de garantías y cautelas, que cómo se ha podido observar en la actualidad, no siempre se cumplen.

Por otro lado, de conformidad con la racionalidad democrática, y en pro del pluralismo político, los ciudadanos tienen derecho a recibir información para poder ejercer su derecho al voto, de manera que el sistema electoral democrático se diseña de forma que los partidos políticos funcionen como medios de comunicación con capacidad de disposición a los electores de informaciones referentes a los asuntos públicos y sus alternativas o soluciones posibles. Asimismo, el perfilado permite a los partidos políticos cumplir esta finalidad de una manera más efectiva.⁵¹

De esta manera la microsegmentación propia del perfilado ideológico comporta numerosas ventajas, tales como la incentivación del voto, pero resulta especialmente interesante y beneficiosa para el sistema democrático la utilización de esta técnica para mejorar la capacidad de difusión de los mensajes políticos como medios de comunicación, ya que de esta manera, mediante la utilización de las técnicas analíticas junto con la utilización de los medios que representan los partidos políticos, así como de medios de información modernos como las redes sociales se ha permitido superar las limitaciones a las que estaban sometidas las campañas electorales.⁵²

Una vez expuestos los beneficios que representa el perfilado ideológico como técnica en las campañas electorales, los cuales no son pocos, resulta esencial hacer referencia a los

⁵⁰ HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, p. 58.

⁵¹ *Ibidem*, p. 59.

⁵² HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, pp. 59 – 60.

problemas que puede generar la microsegmentación de los mensajes con fines de orientar las inclinaciones de voto del *target* o público objetivo.

En primer lugar, es importante partir de la realidad propia de los partidos políticos, y es que, por su propia naturaleza, los partidos persiguen un fin de conquistar y preservar el poder. Los partidos políticos son asociaciones que se constituyen con ese fin, es decir, para luchar por conseguir el poder, y por ello, tienden a usar todo aquello que se encuentre a su favor para lograrlo.⁵³

En concreto, centrándonos en la técnica del perfilado ideológico, son numerosos los problemas que éste representa para el funcionamiento del sistema democrático. En primer lugar la utilización de una microsegmentación o *target* al que dirigir sus mensajes políticos puede dar lugar a supuestos de manipulación electoral, este fenómeno unido a la facilidad que esta técnica confiere a los partidos políticos para reducir la transparencia y el debate, pudiendo hacer desaparecer aquellas publicaciones que no les interesen, lo cual puede desvirtuar los cimientos que asientan el sistema democrático, afectando a la veracidad del mismo, y haciendo que el debate político pierda su finalidad principal.⁵⁴

Es precisamente por ello, partiendo de la naturaleza propia de los partidos políticos que no podemos negar ni tratar de ocultar, que ha sido necesario establecer límites en su regulación, límites que el perfilado ideológico debe cumplir, pero que en muchas ocasiones pueden eludir en la recopilación y tratamiento de los datos cuando se accede a dichos datos por medio de informaciones banales, como es el caso de las publicaciones en redes sociales.

Otro de los peligros que representa el perfilado ideológico es el riesgo de generar un debate micro segmentado en la sociedad, ya que la utilización de esta publicidad segmentada puede propiciar la confusión de los electores respecto de la importancia de diferentes asuntos públicos, confusión que va de la mano con la desinformación que puede generar esta técnica del perfilado ideológico, la cual llevará inevitablemente a aumentar la desconfianza ya existente en las instituciones y medios políticos, erosionando de esta manera los cimientos del sistema democrático, comprometiendo la existencia de un debate público, abierto y plural.

⁵³ GARRIDO LÓPEZ, C y SÁEZ ROYO, E., “La reforma del Estado de partidos.”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 177, julio - septiembre 2017, p. 264 – 265.

⁵⁴ HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, pp. 60.

Y, por último, podemos hacer referencia a uno de los mayores problemas que puede generar esta técnica: la polarización del electorado, o la difusión de discursos ilegítimos o contrarios a los valores democráticos. E, igualmente, no podemos dejar de hacer referencia a los riesgos que este fenómeno genera en la transparencia que debe fundamentar el sistema electoral, ya que, de esta manera, se estaría disminuyendo el derecho de los ciudadanos de poder contrastar la información que se le ofrece.⁵⁵

Por todo ello, resulta necesario que el legislador tenga en cuenta el conflicto de derechos que se produce en las campañas electorales cuando se utiliza la técnica del perfilado ideológico, determinando que principio debe preponderar, la neutralidad y transparencia necesaria para cumplir con el derecho a la protección de los datos relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos, o bien el fomento de la participación ciudadana y expresión de la voluntad popular, en pro del pluralismo político, siempre y cuando se respeten las garantías adecuadas.

⁵⁵ HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, pp. 61 – 62.

3.1.4 Necesidad de consentimiento y justificación de interés público para el tratamiento con fines de perfilado ideológico (Art. 6 RGPD)

El RGPD a lo largo de sus diferentes preceptos se refiere en numerosas ocasiones a la importancia del interés público como excepción a la prohibición general del tratamiento de los datos de categoría especial, entre los que se encuentran los datos relativos a las opiniones políticas (Art. 9.2. g) RGPD). Asimismo, el consentimiento de los titulares de dichos datos políticos también actúa como una excepción a esa regla general: “el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado” (Artículo 9.2 a) RGPD).

Además, el tratamiento y recopilación de datos personales de naturaleza política realizados por partidos políticos se somete a una regulación que establece una obligación jurídica de respetar los principios de necesidad y proporcionalidad, tal y como exige el art 8 del CEDH. No obstante, esta limitación del tratamiento al cumplimiento de estos objetivos puede evadirse si el afectado presta su consentimiento, o bien dicho tratamiento se basa en el cumplimiento de fines de interés público.⁵⁶

El consentimiento en el tratamiento de datos de categoría especial

Como se ha comentado anteriormente, el tratamiento de datos personales de categoría especial está sujeto una serie de condiciones de permisión, entre las que se encuentra el consentimiento del interesado. Además, cuando se trata de partidos políticos, el tratamiento debe ser realizado en cumplimiento de sus fines y observando las debidas garantías legales, entre las que se encuentra el consentimiento de los interesados (Art. 9.2 d) RGPD).

A pesar de esta regla general, la utilización de técnicas analíticas avanzadas, como es el supuesto del perfilado ideológico, ha puesto de manifiesto el fenómeno de la posible captación de datos relativos a opiniones políticas sin necesidad de contar con el consentimiento de los titulares, dado que esas informaciones de las que se pueden inferir inclinaciones políticas y preferencias electorales han sido publicadas libremente por sus titulares (Caso Facebook).

⁵⁶ HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, p. 54.

Asimismo, en España también podemos encontrar supuestos en los que los partidos políticos han sido capaces de eludir la obligación del consentimiento para el acceso y recopilación de datos personales de los ciudadanos. Así podemos destacar el referéndum por la independencia de Cataluña celebrado el 1 de octubre de 2017, dónde se pudo acceder a una gran cantidad de datos personales con la finalidad de elaborar un censo electoral que les permitiese realizar con éxito un referéndum ilegal, sin contar por supuesto con el consentimiento de los propietarios de dichos datos.⁵⁷

Esta situación ha generado que los partidos políticos en su trabajo en pro de realizar un perfilado ideológico de su público objetivo mediante la utilización del big data, puedan eludir las garantías impuestas al tratamiento de datos de categoría especial (datos políticos), desafiando las normas legales de protección a los derechos de las personas.

Sin embargo, y a pesar de los problemas que el cumplimiento de la regla del consentimiento para el tratamiento de los datos representa en la actualidad, no podemos dejar de hacer énfasis en la importancia del principio del consentimiento en el tratamiento de datos relativos a opiniones políticas, puesto que se trata de una pieza fundamental del sistema legal de protección de los datos personales.

Además, la regulación española de la protección de datos parece seguir este mismo camino al negarse a levantar la prohibición del tratamiento de datos identificativos de ideologías políticas basándose solo en el consentimiento del afectado (Art. 9.1 LOPDGDD), considerando quizá que los ciudadanos difícilmente darían su consentimiento para aspectos tan controvertidos como los datos referentes a sus ideologías políticas.

Es tal su importancia que el consentimiento no está regulado como una excepción que puede eludirse cuando el interés público lo justifique, tal y como se recogía en la legislación anterior, sino que se encuentra al mismo nivel y cuenta con la misma legitimación que el interés público como justificación del tratamiento de los datos. Asimismo, resulta fundamental el derecho de oposición con el que cuenta el titular de los datos cuando el tratamiento no respeta las reglas del consentimiento (Art. 12, 13 y 21 del RGPD).⁵⁸

⁵⁷ ARROYO ABAD, B., “El tratamiento de los datos personales con fines políticos y electorales. Reflexiones en torno al nuevo artículo 58 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.” *La Ley*, núm. 15101, 2018, p. 3.

⁵⁸ GARCÍA SANZ, R.M., “Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: Todo en interés público”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 183, 2019, p. 150.

El interés público como circunstancia justificativa del tratamiento de datos políticos

El mencionado RGPD autoriza el tratamiento de datos personales de las opiniones políticas cuando existan razones de interés público que lo justifiquen (Art. 9.1), siempre que sea necesario en pro del funcionamiento del sistema democrático, y que se haga en el ámbito de actividades electorales, respetando en todo caso las medidas y condiciones impuestas en la propia legislación.⁵⁹

En concreto, el artículo 5 del RGPD, en su apartado 1 d), establece la compatibilidad del tratamiento de los datos personales cuando se realice con fines de interés público con los principios que deben regir el tratamiento, exigiendo que se trate de fines determinados, explícitos y electorales.

Es precisamente este artículo el que puede generar dudas a la hora del tratamiento ulterior de los datos políticos realizado por los partidos utilizando las técnicas analíticas del big data, ya que en el reglamento no se especifica si dichas actividades electorales deben ir dirigidas a los términos de “campana permanente” o bien a la llamada “precampaña” o bien a la propia campana electoral. Especificar este concepto de campana electoral resulta fundamental dadas las labores de perfilado ideológico que los partidos políticos son capaces de realizar en el proceso electoral, dotándose de avanzadas técnicas estadísticas y analíticas, por lo que los riesgos no serían los mismos si se diesen en el marco de actividades excepcionales de campana electoral como durante la campana permanente y propiamente dicha. Dicha monitorización permanente en el supuesto de que el fenómeno del perfilado ideológico se permitiese en todo el proceso electoral amenazaría la protección y salvaguarda de otros derechos fundamentales, como es el de la libertad ideológica o la libertad de expresión e información, fundamentales para las sociedades democráticas, además de comprometer el derecho a la protección de datos personales.⁶⁰

Una vez expuesto el reconocimiento del interés público como una causa legitimadora del tratamiento de datos relativos a las opiniones políticas, conviene hacer una primera aproximación a lo que entendemos por interés público.

El artículo 6 del RGPD, al establecer la licitud del tratamiento, nos permite inferir una definición de este término indeterminado: la necesidad de interés público motivadora del tratamiento de datos debe hacer referencia al cumplimiento de una misión realizada en pro

⁵⁹ GARCÍA SANZ, R.M., “Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: Todo en interés público”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 183, 2019, pp. 131 – 132.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 150 – 151.

del interés o beneficio de la sociedad⁶¹. Se trataría de un concepto jurídico indeterminado, que cada legislación de cada Estado debe determinar, pero que en definitiva podemos definir como aquel tratamiento de datos permitido puesto que con su recopilación y utilización se va a reportar una ventaja o beneficio a la sociedad.

Por ello, el legislador europeo en este mismo artículo recoge que el tratamiento de datos será lícito si es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público (Art. 6.1. e). Se trata por lo tanto de una habilitación legal contenida en el reglamento que dispone una disposición general que los Estados miembros pueden adaptar añadiendo disposiciones específicas para ajustar la legislación estatal al Reglamento, así como fijando requisitos propios que regulen dicho tratamiento por razones de interés público (Artículo 6.2 RGPD).

Finalmente, centrándonos en el supuesto específico del perfilado ideológico, la utilización del mismo con fines de interés público se encuentra regulada en el artículo 5.1 b) del Reglamento: “el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales («limitación de la finalidad»).

Este precepto parece habilitar el fenómeno de la fragmentación del público votante en función de sus inclinaciones ideológicas, amparándose en realizar una misión de interés público. Sin embargo, si no se establecen los controles y garantías necesarias este proceso puede generar el objetivo contrario: la desconfianza y perjuicio de la sociedad pública.

No obstante, la habilitación del perfilado ideológico cuando se realice con fines de interés público también reporta ventajas en el proceso electoral, ya que los grupos parlamentarios podrían valerse de esta habilitación para que la comunicación parlamentaria y el protagonismo del Parlamento en la producción política aumente. Por lo tanto, las excepciones a la prohibición del tratamiento de datos políticos no tienen por qué generar inconvenientes, siempre que se sigan las medidas y cautelas adecuadas, garantizando que el uso y recopilación de los datos que comunican los ciudadanos a través de las distintas plataformas y técnicas de las que disponen los partidos políticos no queden exentos de control, tales como la anonimización.⁶²

⁶² GARCÍA SANZ, R.M., “Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: Todo en interés público”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 183, 2019, p. 148-149.

En definitiva, de lo que se trata es de garantizar que el tratamiento de los datos políticos por razones de interés público no sea realizado por los propios partidos rebasando los límites legales del sistema democrático.

3.1.5 Intervención/comunicación de mensajes basados en el perfilado ideológico y su influencia en el voto.

Como se ha comentado en los apartados anteriores el perfilado ideológico se compone de 3 fases, dos de las cuales se basan en conseguir establecer una base de target o público objetivo en función de sus preferencias e inclinaciones políticas, mientras que la tercera y última fase se centra en la intervención práctica mediante el envío de mensajes específicos a los electores del público objetivo con la finalidad de incentivar el voto al partido o bien desincentivarlo el mismo con respecto a otros partidos competidores. Es precisamente en esta tercera fase, es decir, la del establecimiento de una comunicación a los potenciales electores, la que se identifica de forma más clara con el objetivo del perfilado ideológico, el de influenciar el voto.

Procedimiento

Una vez que se obtiene el perfilado propiamente dicho, es decir, se consigue segmentar a los potenciales electores en función de características comunes que permitan predecir sus inclinaciones ideológicas, se procede a la intervención. En esta intervención se diseñan mensajes adaptados a las características propias o preocupaciones de cada grupo de segmentación, y se envían mensajes relacionados con dichas preocupaciones o rasgos de su personalidad teóricamente pensados para influir en su votación.⁶³

El procedimiento se basa en identificar aquellos rasgos de la personalidad más dominantes o extremos de los potenciales votantes, con el fin de mandar mensajes que muy probablemente inclinaran el voto hacia el partido.

Sin embargo, este procedimiento no está exento de aristas, sobre todo en lo que se refiere a la vulneración del derecho a la protección de datos personales. Así, no son excepcionales los supuestos de acceso ilegítimo a la información necesaria para realizar el microtargeting por partidos políticos o grupos electorales, con el fin de realizar comunicaciones óptimas, que no dejan de ser ilegítimas y generar desinformación en la población votante.

⁶³ HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campañas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, p. 50.

El perfilado ideológico en la propaganda electoral

El artículo 58 bis LOREG establece lo siguiente: “Los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral. Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición.”

En definitiva, la LOREG permite la utilización de los datos personales del público objetivo obtenidos por medio de informaciones contenidas en redes sociales y otros medios web siempre que se utilicen durante el proceso electoral. En contraposición quedará prohibido la difusión de propaganda electoral fuera del periodo electoral mencionado.

Sin embargo, este precepto no se ha encontrado exento de polémicas, sobre todo con respecto a si el mismo permitía a los partidos políticos y grupos parlamentarios crear bases de datos y perfiles ideológicos de los potenciales electores, o si, por el contrario, sólo se trataba de una mera reproducción de la razón del RGPD, sin que se habilitase la creación de bases de datos y perfiles ideológicos.

Esta confusión fue resulta por la AEPD en su Circular 1/2019, de 7 de marzo, en el que establecía los criterios y requisitos del tratamiento que no se habían especificado.⁶⁴

Además, para ahondar más en la necesidad de contar con una interpretación clara de este artículo fundamental el Defensor del Pueblo en funciones interpuso un recurso de inconstitucionalidad, alegando la existencia de una vulneración del derecho a la protección de datos personales (Art 18.4 de la CE en conexión con el artículo 53.1), inconstitucionalidad que fue amparada el 29 de mayo de 2019 por el Tribunal Constitucional en su STC 76/2019, en la que el Pleno estimó por unanimidad el recurso presentado, declarando contrario a la constitución y nulo el apartado 1 del artículo 58 bis de la LOREG.⁶⁵

⁶⁴ FERRER MARTÍN, C. *¿El fin de los perfiles ideológicos en la propaganda electoral? El Tribunal Constitucional declara contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del Artículo 58Bis de la LOREG (STC 76/2019, de 22 de mayo)* [En línea]. Madrid: Minsait, 2018, párr. 4. [Consulta: 10 de mayo de 2023].

⁶⁵ *Ibidem*, párr. 5-6.

Por lo tanto, la utilización por parte de los partidos políticos del perfilado ideológico mediante la obtención de informaciones de las que se puedan inferir creencias e ideologías políticas de los ciudadanos, como son las depositadas en redes sociales de manera libre, se encuentra permitida dentro de la normativa legal, pero, no obstante, existe un derecho de oposición cuando dichos datos son tratados lícitamente en cumplimiento de una misión de interés público (Artículo 68 RGPD), así como en el tratamiento de datos por razones de mercadotecnia. Es precisamente este derecho de oposición por razones de mercadotecnia lo que permite a los titulares de los datos oponerse incluso a la realización de perfiles, siempre que dicho perfilado esté relacionada con esta finalidad.⁶⁶

Por lo tanto, y a pesar de los problemas que el perfilado ideológico con la finalidad de envío de propaganda electoral ha generado en los últimos años, existe una regulación que trata de proteger a los ciudadanos afectados de estas situaciones, si bien ello no exenta de la necesidad de seguir trabajando en la materia, como demuestra la jurisprudencia existente en la materia.

⁶⁶ ARROYO ABAD, B., “El tratamiento de los datos personales con fines políticos y electorales. Reflexiones en torno al nuevo artículo 58 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.” *La Ley*, núm. 15101, 2018, p. 16.

4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 76/2019, DE 22 DE MAYO DE 2019

4.1 Aspectos fundamentales de la STC 76/2019, DE 22 de mayo de 2019

La STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019 representa un buen ejemplo de la importancia de establecer una normativa reguladora clara y estricta sobre los requisitos que deben regir el tratamiento de los datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos, en garantía y protección de los derechos fundamentales de las personas.

Es por ello por lo que conviene hacer referencia a los aspectos más destacados de esta fundamental sentencia.

4.1.1 Antecedentes

El procedimiento se inicia mediante el escrito presentado el 5 de marzo de 2019 por el **Defensor del Pueblo** en funciones en el que interponía un recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 1 del artículo 58 bis de la LOREG.

Teniendo en cuenta el papel del defensor del pueblo en la protección y garantía de los derechos fundamentales, y su importancia en la presente sentencia, resulta fundamental abordar algunas cuestiones básicas sobre esta figura fundamental en el sistema constitucional español.

El reconocimiento constitucional de esta figura lo encontramos en el artículo 54 de la CE: “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.”

En el caso que nos ocupa, el Defensor del Pueblo fue el encargado de promover un recurso de inconstitucionalidad con respecto al precepto 58 bis de la LOREG, en cumplimiento de sus obligaciones en defensa de los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho a la protección de datos personales.

Esto se debe a que, centrándonos en la naturaleza de este órgano, podemos decir que el Defensor del Pueblo se encarga de recibir las quejas y/o facilitar el establecimiento de estas por los ciudadanos, entendiendo por quejas, el derecho de petición. Estas quejas en la actualidad se han incrementado enormemente, y se prevé que seguirán incrementando en el

futuro dadas las comprobaciones de abusos, irregularidades e ineficacias que se dan en los asuntos públicos. ⁶⁷

Por todo ello, en la presente sentencia el papel del Defensor del Pueblo fue fundamental puesto que representa en nuestro sistema constitucional uno de los órganos que está habilitado para presentar un recurso de inconstitucionalidad. En concreto, y teniendo en cuenta que la disposición normativa recurrida fue aprobada por acuerdo de los partidos políticos mayoritarios, fueron precisamente distintas asociaciones y plataformas (Asociación de Internautas (AI), Asociación de Usuarios de Internet (AUI), Plataforma en Defensa de la Libertad de Información (PDLI), Asociación de Expertos Nacionales de la Abogacía Digital (ENATIC)), así como diferentes abogados especializados en protección de datos, los que se dirigieron al Defensor del Pueblo para que presentara este recurso en cumplimiento de su labor en la defensa de los derechos de los ciudadanos.

Las razones que fundamentan el recurso son las siguientes:

1. La falta de un establecimiento de garantías y límites en el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas en la legislación aplicable, lo cual permite que datos especialmente protegidos puedan ser objeto de tratamiento ilícito. Esta falta de concreción de la ley genera inseguridad jurídica (Art. 9.3 CE) y puede poner en riesgo el derecho a la protección de datos personales (Art. 18.4 CE), libertad ideológica (Art. 16), y el derecho de participación política (Art. 23.1 CE). ⁶⁸
2. La importancia extraordinaria que adquieren el tratamiento y control de los datos personales cuando estos son referentes a opiniones políticas (STC 29/2000, FJ 7), por su vinculación con otros derechos y libertades fundamentales, como la libertad ideológica, las libertades de expresión y comunicación (Art. 20.1 a) y d) CE), y el principio de igualdad (Art. 14 CE). ⁶⁹

Esta razón basa su argumentación en la normativa aplicable a la protección de datos personales, específicamente, el RGPD que establece la prohibición general de datos de categoría especial, y la Ley orgánica 3/2018 que especifica que el mero consentimiento de interesado no será suficiente para levantar dicha prohibición cuando el tratamiento se refiera a datos identificativos de su ideología (Art. 9.1).

⁶⁷ ROVIRA, A., “Los defensores del pueblo y la convención de Prüm.” *ReDCE*, núm.7, Enero – junio de 2007, p. 210.

⁶⁸ STC 76/2019, A1.

⁶⁹ STC 76/2019, A2.

3. La ruptura de la tendencia normativa europea e internacional por la enmienda 331 que incorpora el nuevo artículo 58 bis a la LOREG, el cual abre la posibilidad de un tratamiento de los datos políticos por los partidos, eludiendo la prohibición establecida como regla general, amparando dicha habilitación en el “interés público” y no en un interés público esencial tal y como exige la normativa europea, siempre que se den las garantías adecuadas, y en el marco de actividades electorales, ambos conceptos indeterminados, que la norma no especifica. De conformidad con lo dispuesto en la STC 292/2000:

“no se respeta el contenido esencial del derecho a la protección de datos cuando se ampara la recopilación de datos relativos a opiniones políticas sin fijar los límites de tal amparo; y no se respeta el principio de reserva de ley cuando el legislador abdica de su deber de concretar las condiciones y requisitos en las que ese tratamiento en principio prohibido deviene en legítimo.”⁷⁰

4. La afectación de la redacción del artículo 58 bis. 1 al principio de libertad ideológica. El no establecimiento de las garantías adecuadas para el tratamiento de los datos políticos vulnera la libertad ideológica, al permitir la utilización de los datos para fines distintos de los legítimos, así como la utilización de técnicas analíticas de tratamiento masivas sin poder medir las consecuencias.⁷¹
5. La afectación de la redacción del artículo 58 bis.1 de los principios de participación política y seguridad jurídica.” en el contexto tecnológico actual y frente a los riesgos evidentes que el tratamiento masivo de la información puede suponer para la intimidad personal, la protección de datos personales, la libertad ideológica y la libertad de participación política, resulta inexcusable –en términos propios del Tribunal– el esfuerzo del legislador por alumbrar una normativa abarcable y comprensible para la mayoría de los ciudadanos a los que va dirigida; puesto que una legislación confusa, oscura e incompleta dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia.⁷²

⁷⁰ STC 76/2019, A3, párr. 3.

⁷¹ STC 76/2019, A4.

⁷² STC 76/2019, A6, párr. 6.

Posteriormente, por providencia de 12 de marzo de 2019, el Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad, siendo objeto de un escrito de alegaciones del abogado del Estado, a las que responde también los fundamentos jurídicos.

4.1.2. *Fundamentos jurídicos*

Una vez establecido el origen del conflicto, es fundamental destacar los fundamentos jurídicos más relevantes que aporta el Tribunal Constitucional en esta sentencia, por su capacidad para crear tendencia en futuros casos similares.

El fundamento jurídico 2 especifica, de conformidad con el criterio del Abogado del Estado, el hecho de que el recurso contiene una impugnación central, de las que las demás serían complementarias. Sin embargo, esta impugnación central no sería la referente a la vulneración del principio de seguridad jurídica, sino a la posible vulneración del precepto en cuestión del derecho a la protección de datos personales en conexión con el artículo 53.1 de la CE (reserva de ley).⁷³

Este precepto como se ha expuesto anteriormente habilita a los partidos políticos para recabar datos relativos a opiniones políticas en el ámbito de sus actividades electorales, pero lo que se cuestiona, es si el precepto contiene todas las garantías y cautelas adecuadas para la garantía de los derechos libertades de las personas afectadas.

“Podemos asumir, por tanto, ya que no lo controvierten las alegaciones de las partes, que el apartado 1 del artículo 58 bis de la Ley Orgánica del régimen electoral general (LOREG) constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales garantizado por el artículo 18.4 CE. Lo que está en discusión es si la citada disposición legal cumple con las exigencias que derivan de la Constitución y de nuestra doctrina constitucional.”⁷⁴

⁷³ STC 76/2019, FJ 2, párr. 1.

⁷⁴ STC 76/2019, FJ 2, párr. 6.

Por otro lado, el *fundamento jurídico 3* se centra en la alegación hecha por el Defensor del Pueblo de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en específico a la jurisprudencia contenida en el FJ 10 de la STC 292/2000, de noviembre, relativo a las garantías adecuadas al respecto; así como en los diferentes instrumentos jurídicos internacionales mencionados (Art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950; el Art. 6 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal de 1981, y el RGPD).⁷⁵

En relación con esta alegación, el Tribunal dispone que, si bien estos instrumentos son valiosos para la determinación del alcance y sentido del derecho a la protección de datos personales, no constituyen el marco para el enjuiciamiento de la adecuación a la constitución del precepto en cuestión (STC 140/2018, FJ 6).⁷⁶

El RGPD si bien representa una disposición normativa cuya capacidad normativa es clara. Sin embargo, dicha eficacia jurídica de la norma no se restringe tal y cómo defendía el Defensor del Pueblo en el punto de vista constitucional, ya que es de obligatorio cumplimiento en todos los Estados miembros.⁷⁷

Además, pese a que no se puede olvidar que el derecho a la protección de datos personales es un derecho cuyo desarrollo normativo se encuentra parcialmente establecido por el Derecho de la Unión, el pronunciamiento del TC sobre la determinación legislativa del derecho afectado no debe implicar en ningún caso un análisis de la compatibilidad entre la norma interna y el reglamento comunitario.⁷⁸

Con respecto al *fundamento jurídico 4* el Tribunal expone la necesidad de hacer referencia al régimen jurídico que se debe aplicar al conflicto que acontece: el tratamiento de los datos relativos a opiniones políticas de las personas. Así se exponen artículos fundamentales del RGPD, así como de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), haciendo hincapié en que ambas fuentes del derecho constituyen, ya sea de una forma directa o supletoria, el marco de protección del derecho fundamental a la protección de datos personales, de conformidad con las exigencias del artículo 18.4 y 81.1 de la CE.⁷⁹

⁷⁵ STC 76/2019, FJ 3.

⁷⁶ STC 76/2019, FJ 3, párr. 2.

⁷⁷ STC 76/2019, FJ 3, párr. 3.

⁷⁸ STC 76/2019, FJ 3, párr. 4.

⁷⁹ STC 76/2019, FJ 4, párr. 1.

El *fundamento jurídico* 5 resulta fundamental al centrarse en la impugnación del apartado 1 del artículo 58 bis de la LOREG, la cual representa el objeto del recurso.

En primer lugar, resulta fundamental abordar la doble particularidad que presenta este artículo: el destinatario y el objeto de la autorización. Con respecto a los sujetos habilitados para la recopilación de los datos personales relativos a opiniones políticas de los ciudadanos, no cabe duda con respecto a la necesidad de que se trate de sujetos que constituyan un instrumento esencial para la participación política y que ejerzan una función pública, en su condición de organizaciones sociales de relevancia constitucional. Por otro lado, los datos políticos se integran dentro de la categoría especial de datos, siendo altamente sensibles y merecedores de una especial protección.⁸⁰

Una vez que se ha hecho esta introducción con respecto al precepto objeto de impugnación, el TC se centra en abordar los aspectos esenciales que permitan resolverlo: la posible vulneración por el legislador de la reserva de ley y el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos personales.

No cabe duda de que el derecho afectado en este recurso es el derecho fundamental y autónomo a la protección de datos personales, así como la determinación clara de su contenido, alcance o límites, tal y cómo quedaron establecidos en la STC 292/2000.⁸¹

“el derecho fundamental afectado es el de protección de datos personales, desde una doble perspectiva, como derecho fundamental autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que concierne a cada persona, y como derecho fundamental instrumental ordenado a la protección del también derecho fundamental a la libertad ideológica.”⁸²

El derecho a la protección de datos personales no es absoluto, puede ser restringido por medio de la ley cuando se cumplan las garantías y requisitos adecuados, destacando entre estos requisitos que la intromisión en este derecho fundamental sólo será permitida si responde a un fin constitucionalmente legítimo o a la protección o garantía de un bien constitucionalmente destacado (SSTC 1040/2000, SSTC 11/1981 Y 196/1987, STC 292/2000), así como la exigencia de habilitación legal.⁸³

⁸⁰ STC 76/2019, FJ 5, párr. 1.

⁸¹ STC 76/2019, FJ 5 a), párr. 1.

⁸² STC 76/2019, FJ 5 b), párr. 2.

⁸³ STC 76/2019, FJ 5 d), párr. 2 – 3.

Esta injerencia del derecho fundamental queda por tanto sometida a una reserva de ley en su dimensión cuantitativa, ya que cualquier limitación debe reunir unos requisitos de previsibilidad y certeza con respecto a sus medidas restrictivas, de lo contrario no sólo se afectaría a la seguridad jurídica, sino que se vulneraría el propio contenido esencial del derecho afectado, dificultando o impidiendo su correcto ejercicio.⁸⁴

El ***fundamento jurídico 6*** aborda la necesidad, y exigencia, tal y cómo reclama la jurisprudencia del TC, de que el legislador cumpla además de con los requisitos mencionados anteriormente para cualquier injerencia en un derecho fundamental, con el establecimiento de garantías técnicas, organizativas y procedimentales apropiadas, de manera que se pueda prever la probabilidad de que se produzcan riesgos, así como reducir la gravedad de los mismos, en respeto del contenido propio del derecho fundamental.

“La previsión legal y la legitimidad del fin perseguido son requisitos necesarios, pero no suficientes para fundamentar la validez constitucional de una regulación del tratamiento de datos personales, pues para ello se requieren también «garantías adecuadas frente al uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano a través de su tratamiento informático».” (STC 292/2000, FJ10)⁸⁵

Esta exigencia de garantías adecuadas o mínimas exigibles a una ley sometida al estricto respeto del contenido esencial del derecho fundamental que regula se encuentra amparada por senda jurisprudencia del propio Tribunal, así como del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE).

Además, esta exigencia encuentra una justificación directa cuando el tratamiento se refiere a categorías especiales de datos, especialmente sensibles, los cuales tienen una mayor probabilidad de socavar los derechos de dignidad, libertad o el libre desarrollo de la personalidad.⁸⁶ Se trata de unos datos de categoría especial, que precisamente por su especial sensibilidad requieren una protección mayor que otras categorías de datos personales.⁸⁷ Esta exigencia específica se encuentra regulada en el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981.

⁸⁴ STC 76/2019, FJ 5 d), párr.6.

⁸⁵ STC 76/2019, FJ 6 a), párr. 2.

⁸⁶ STC 76/2019, FJ 6 c), párr. 1.

⁸⁷ STC 76/2019, FJ 6 d).

Con respecto a las condiciones en que deben establecer estas garantías en el tratamiento de los datos políticos, el TC dispone lo siguiente:

“deben velar por que el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva, y deben procurar que los datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para fines distintos de los que justificaron su obtención. La naturaleza y el alcance de las garantías que resulten constitucionalmente exigibles en cada caso dependerán de tres factores esencialmente: el tipo de tratamiento de datos que se pretende llevar a cabo; la naturaleza de los datos; y la probabilidad y la gravedad de los riesgos de abuso y de utilización ilícita que, a su vez, están vinculadas al tipo de tratamiento y a la categoría de datos de que se trate.”⁸⁸

En relación con el fundamento jurídico anterior, *el fundamento jurídico 7* se centra en abordar los 3 elementos que componen la impugnación objeto de recurso:

1. La disposición legal impugnada no hace una especificación del interés jurídico esencial que debe fundamentar la restricción del derecho: En este sentido el Tribunal afirma que dicha disposición no realiza esa especificación, centrándose en la necesidad de su existencia, y lo mismo ocurre en la enmienda 331 de la que se desprende el precepto legal. Sin embargo, tampoco especifica que se entienda por interés público esencial el RGPD.

Además, en la STC 292/2000 ya se rechazó que una restricción de un derecho fundamental pueda basarse en fines legítimos que se definen de forma genérica.

El Tribunal también critica el empleo del término “interés público” en el artículo 24.2 de la LOPD como fundamento de la restricción del derecho fundamental a la protección de datos personales, debido a la gran incertidumbre que genera.⁸⁹

En definitiva, el Tribunal rechaza que la fundamentación de la restricción del derecho fundamental aluda a un genérico “interés público”, que permitirá a los poderes públicos llevar a cabo una restricción en materia de derechos fundamentales que sólo corresponde al legislador. Además, añade que no es indispensable para que se aprecie esta intromisión con que exista la sospecha de que una restricción está basada en un fin inconstitucional, o que los datos recopilados lesionen la privacidad y el ejercicio de los derechos de las personas, sino que bastaría ”con constatar que, al no poderse identificar con la suficiente precisión la finalidad del tratamiento de datos, tampoco puede enjuiciarse el carácter

⁸⁸ STC 76/2019, FJ 6 c), párr. 3.

⁸⁹ STC 76/2019, FJ 7 a).

constitucionalmente legítimo de esa finalidad, ni, en su caso, la proporcionalidad de la medida prevista de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.”⁹⁰

2. La disposición legal no establece una limitación del tratamiento regulando exhaustivamente las restricciones del derecho fundamental: El precepto legislativo únicamente establece como límite del tratamiento de datos políticos que se realice en el desarrollo de “sus actividades electorales”. De conformidad con lo dispuesto por el Tribunal, la expresión actividades electorales es un concepto demasiado amplio, ya que no tiene por qué reducirse al propio proceso electoral.

Además, el propio tribunal también critica la falta de determinación de reglas de alcance y contenido con respecto a las condiciones que deben versar el tratamiento de los datos que se autoriza ⁹¹.

El *fundamento jurídico 8* se centra en el un aspecto de la impugnación sobre el que se basa la mayoría de las alegaciones: si la ley ha establecido o no garantías adecuadas con respecto a la recopilación de los datos personales, especialmente frente al uso de la informática, o si, por el contrario, pueden inferirse de otras disposiciones normativas, tal y como defendía el Abogado del Estado. ⁹²

El Tribunal Constitucional rechaza que el establecimiento de tales garantías, así como su contenido, naturaleza y extensión, se puedan deferir a posteriori con respecto a la legislación de protección de datos que se trate, de lo contrario se estaría infringiendo el principio de reserva de ley. ⁹³

“la insuficiencia de la ley no puede ser colmada por vía interpretativa a partir de las pautas e indicaciones que se puedan extraer de los citados textos normativos (i). Tampoco puede ser colmada por el titular de una potestad normativa limitada como es la Agencia Española de Protección de Datos (ii) o mediante una interpretación conforme (iii). Finalmente, una remisión implícita como la pretendida tampoco resultaría coherente con el marco regulador europeo (iv), perspectiva que, como se dijo, no puede ser irrelevante para nuestro enjuiciamiento constitucional.”⁹⁴

⁹⁰ STC 76/2019, FJ 7 a), párr. 12.

⁹¹ STC 76/2019, FJ 7 b), párr. 1.

⁹² STC 76/2019, FJ 8, párr. 1.

⁹³ STC 76/2019, FJ 8, párr.3.

⁹⁴ STC 76/2019, FJ 8 c).

Como consecuencia de lo anterior, el *fundamento jurídico 9* concluye que la ley relativa al precepto impugnado no ha determinado la finalidad de la intromisión o injerencia que se habilita a los partidos políticos la recopilación de datos políticos en sus actividades electorales, ni tampoco ha concretado los presupuestos ni establecido las garantías adecuadas para realizarlo. Debido a ello, se han vulnerado el artículo 18.4 en conexión con el artículo 53.1 CE, lesionando este derecho fundamental de una forma similar a la injerencia directa en su contenido esencial.⁹⁵

Finalmente, el *fundamento jurídico 10* expone las razones del tribunal que le llevan a estimar el recurso de inconstitucionalidad del artículo 58.1 bis de la LOREG.

“la Ley Orgánica 3/2018 no ha fijado por sí misma, las garantías adecuadas por lo que respecta específicamente a la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales. Por lo que, en coherencia con este fundamento, y con plena coincidencia con el suplico del recurso de inconstitucionalidad, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad debe extenderse a la totalidad del apartado 1 del artículo 58 bis LOREG, incorporado a esta por la disposición final tercera, apartado dos, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.⁹⁶

4.1.3 Fallo

Por todo lo expuesto anteriormente, el TC decide estimar el recurso de inconstitucionalidad propuesto por el Defensor del Pueblo, y declarar inconstitucional y nulo el apartado 1 del artículo 58 bis de la LOREG.

⁹⁵ STC 76/2019, FJ 9.

⁹⁶ STC 76/2019, FJ 10.

4.2. Implicaciones y límites del tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas de las personas en el marco de actividades electorales (la libertad ideológica en la STC 76/2019).

Uno de los aspectos fundamentales que se abordan en los fundamentos jurídicos del TC en la STC 76/2019 es la vulneración de la libertad ideológica cuando se producen intromisiones indebidas en el derecho a la protección de datos personales cuando se habilita el tratamiento de datos políticos por parte de los partidos en el marco de sus actividades electorales.

Antes de centrarnos en los argumentos que proporciona el TC en esta cuestión, conviene hacer una breve referencia a la libertad ideológica.

La libertad ideológica aparece recogida en el artículo 16 de la CE: “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.”. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Este artículo recoge las dos dimensiones de la libertad ideológica, su vertiente positiva, que se basa en el derecho que tiene toda persona a tener una ideológica propia y libre, así como una vertiente negativa, fundamental para el caso que nos ocupa, que es que nadie puede ser obligado a hacer pública su ideología. Esta última dimensión funciona además como un límite infranqueable que debe respetar cualquier tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas.

Es precisamente esta segunda dimensión la que se trata de amparar con el recurso de inconstitucionalidad que da origen a la sentencia, ya que, la habilitación legal de los partidos políticos para el tratamiento y recopilación de datos especialmente sensibles como son los datos políticos y referentes a la ideología, si no conllevan estrictas y rigurosas garantías, pueden acabar lesionando los derechos y libertades públicas de los ciudadanos.

La afectación de estos derechos fundamentales, tales como el derecho a la protección de datos personales, y la libertad ideológica, podría acabar erosionando todo el sistema democrático español, dada la necesidad de que tales derechos permanezcan garantizados para el funcionamiento del pluralismo político.

La libertad ideológica es precisamente uno de los argumentos en los que basa su enjuiciamiento el TC en la STC 76/2019.

En concreto, el TC especifica el contenido la libertad ideológica como” «la proclamación de ideas o posiciones políticas propias o adhesión a las ajenas» (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 9), tanto individual como colectivamente, así como la posibilidad de abandonarlas o cambiarlas por otras en todo momento, pero también el secreto o silencio sobre las ideas o posiciones políticas propias, sin ser objeto de coacción o perturbación alguna antes o después de su proclamación o modificación, ni derivada del silencio libremente elegido.”⁹⁷

Y, además, se rescata la importancia que la libertad ideológica tiene como derecho consagrado en el artículo 16.1 de la CE, haciendo referencia a la STC 20/1990, de febrero, la cual expuso el hecho de que “no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el artículo 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaure.”⁹⁸

Por todo ello, queda constatada la importancia del derecho a la libertad ideológica cuando se producen injerencias indebidas en otros derechos como consecuencia de un tratamiento indebido de datos especialmente sensibles.

Existe, por lo tanto, una conexión entre el derecho a la protección de datos personales con otros derechos y libertades que no se puede negar, cuando la garantía de este derecho de se pone en duda. Esto es así, ya que el derecho a la protección de las personas engloba numerosos aspectos de esfera privada, esfera privada que no se encuentra únicamente protegida por este derecho, sino por todo un abanico de derechos y libertades públicas esenciales para la salvaguarda de los cimientos democráticos.

Por último, conviene hacer una breve referencia a la faceta externa de este derecho a la libertad ideológica, reproduciendo las palabras del propio TC:

“la libertad ideológica [...] no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión

⁹⁷ STC 76/2019, FJ 4 c), párr. 2.

⁹⁸ STC 20/1990, FJ 3.

externa de agere licere⁹⁹, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos»”

4.3. La STC 76/2019 y sus repercusiones en materia de protección de datos personales (La doctrina con respecto a la jurisprudencia del TC en materia de tratamiento de datos políticos por los partidos políticos).

Como se ha expuesto anteriormente, el Tribunal Constitucional representa una pieza clara en la protección de los datos de carácter personal, garantizando a los ciudadanos que los datos que sean objeto de su tratamiento y funciones serán utilizados de forma lícita, transparente y leal, cumpliendo con el compromiso de establecer una política de respeto pleno y seguimiento estricto de la normativa de protección de datos de carácter personal.¹⁰⁰

La Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo de 2019, ha sentado una clara jurisprudencia con respecto a uno de los desafíos a los que se enfrenta la sociedad contemporánea actual: La protección de la privacidad de las personas ante el tratamiento de sus datos personales obtenidos mediante técnicas informáticas cada vez más avanzadas.

Supuestos como el famoso caso del Cambridge Analytica (o caso Facebook), supuesto de referencia con respecto a los perjuicios que puede causar una injerencia indebida en el derecho a la protección de datos mediante el tratamiento automatizado de datos relativos a opiniones ideológicas, que se pueden obtener a través de informaciones banales contenidas en internet.

“Así, no plantean los mismos problemas una recogida de datos con fines estadísticos que una recogida de datos con un fin concreto. Tampoco supone el mismo grado de injerencia la recopilación y el procesamiento de datos anónimos que la recopilación y el procesamiento de datos personales que se toman individualmente y no se anonimizan, como no es lo mismo el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, la salud, la vida sexual o la orientación sexual de una persona física, que el tratamiento de otro tipo de datos.” (STC 76/2019, FJ).¹⁰¹

⁹⁹ STC 20/1990, FJ 4 c), párr. 4.

¹⁰⁰ Tribunal Constitucional (España). *Protección de datos de carácter personal* [En línea]: *Composición, organización y competencias*: 11 de noviembre de 2022. Tribunal Constitucional. [Consulta: 27 abr. 2023].

¹⁰¹ STC 76/2019, FJ 6 c), párr. 3.

Fue precisamente con la STC 76/2019 con la que se pretendió sentar una jurisprudencia que permitiese, en la medida de lo posible, evitar estas situaciones de inseguridad y desconfianza de la población. Y es que el controversial precepto 58 bis.1 de la LOREG, actualmente nulo como consecuencia de esta sentencia fundamental, más que tratar de impedir supuestos de vulneración del derecho a la protección de datos personales de los ciudadanos cuando se tratan sus datos políticos, parecía por su redacción que se estaba facilitando la realización de estas prácticas.¹⁰²

Es tanta la importancia que ha tenido esta sentencia en el panorama académico y teórico en Derecho que son numerosos los autores que han realizado estudios referentes a los principales argumentos del tribunal, de ahí que resulte sumamente interesante hacer referencia a algunos de los comentarios más relevantes de la doctrina al respecto.

Nadie puede dudar el éxito de la STC 79/2019, ya que representa un indudable logro en materia de protección de datos personales. Aunque cabría plantearse si existía alguna posibilidad de que la sentencia del Tribunal hubiese podido salvar la constitucionalidad del precepto impugnado. Si el TC hubiese adoptado esta vía en su sentencia se habría extralimitado en su papel, realizando una función de creación legislativa que no le corresponde, pudiendo generar una solución inadecuada, que mancharía la importancia de la jurisprudencia creada para su aplicación posterior a otros conflictos similares que puedan surgir.¹⁰³

Asimismo, conviene destacar la rapidez con la que sentó jurisprudencia el TC en esta sentencia, constituyendo posiblemente la sentencia de inconstitucionalidad más rápida que se ha dictado. Esta característica de la sentencia no es baladí, puesto que no podemos olvidar los problemas que está experimentando actualmente el Poder Judicial con respecto a ofrecer una respuesta rápida a los conflictos enjuiciados, por lo que, la inmediatez de una respuesta judicial referente a un tema fundamentalmente apegado a la actualidad no hace sino trabajar en pro de garantizar la seguridad jurídica.¹⁰⁴

¹⁰² SÁNCHEZ MUÑOZ, O., “Las campañas electorales digitales en España y su problemática jurídica”, *La regulación de las campañas electorales en la era digital: Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Universidad de Valladolid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, pp. 290 – 291.

¹⁰³ SÁNCHEZ MUÑOZ, O., “Las campañas electorales digitales en España y su problemática jurídica”, *La regulación de las campañas electorales en la era digital: Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Universidad de Valladolid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 297.

¹⁰⁴ PASCUA MATEO, F.B., “un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político. comentario a la sentencia del tribunal constitucional 76/2019, de 29 de mayo, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1405-2019 (B.O.E. núm. 151, 25 de junio de 2019).” *Revista de las Cortes Generales*, núm. 106, 2019, p. 553.

Además, la STC hace referencia a un sistema de enjuiciamiento que funciona con un gran acierto, ya que, teniendo en cuenta el amplio respaldo parlamentario de la disposición normativa objeto de enjuiciamiento, no habría sido posible su impugnación por parte de la oposición.

De ahí que resulte fundamental el papel, muchas veces cuestionado, del Defensor del Pueblo en la defensa de los derechos fundamentales de las personas, que permitió levantar este conflicto al TC, el cual enjuició con suma celeridad, dictando una sentencia de gran aplicación práctica, debido a su utilidad ante el aumento de situaciones de vulneración de derechos en el desarrollo de actividades electorales de tratamiento de datos personales por parte de los partidos políticos.¹⁰⁵

Por otro lado, teniendo en cuenta la disposición legal impugnada, ésta representa un ejemplo claro de cómo el fin que lleva a la redacción de una legislación puede ser correcto, ya que lo que se pretendía no era sino evitar los casos como el Cambridge Analytica, pero, si la redacción de la misma no es adecuada, puede producir el efecto contrario, además de producir una situación de inseguridad jurídica, que menoscabe la protección de los derechos que se deben situar en una posición central.

“Ahora bien, una materia compleja como sin duda lo es el derecho a la protección de datos personales hubiera requerido una mayor reflexión por parte de los autores de esta iniciativa para redactar el precepto de una manera plenamente respetuosa con los intereses en juego.

“406

En relación con la anterior, la STC 76/2019 deja constancia de cómo la falta de precisión del legislador impidió el examen de constitucionalidad del precepto impugnado, ya que se estaba abriendo la puerta a la posibilidad de que los partidos políticos pudiesen llevar a cabo una restricción indebida de la privacidad de las personas mediante la recopilación de datos relativos a sus opiniones políticas. No obstante, el reconocimiento de la inconstitucionalidad de este precepto no implica la prohibición absoluta de las labores de perfilado ideológico que realizan los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales. De hecho “Más aún para el Tribunal, la sentencia no puede llevar a sospechar que una restricción del derecho a la protección de datos como la analizada persiga una finalidad per se inconstitucional, o que

¹⁰⁵ Ibidem, p. 557.

¹⁰⁶ PASCUA MATEO, F.B., “Un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político. comentario a la sentencia del tribunal constitucional 76/2019, de 29 de mayo, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1405-2019 (B.O.E. núm. 151, 25 de junio de 2019).” *Revista de las Cortes Generales*, núm. 106, 2019, p. 558.

la recopilación y el tratamiento de los datos con contenido político supongan siempre una lesión de los derechos de los particulares.” (STC 76/2019, FJ 7).¹⁰⁷

Por todo ello, podemos llegar a la conclusión de que la finalidad de esta sentencia no es prohibir de manera radical aquellas actividades de tratamiento de datos relativos a opiniones políticas que realizan los partidos, si no, más bien, establecer la necesidad de contar con un marco de protección más amplio, que establezca garantías adecuadas cuando se habiliten limitaciones o restricciones en el derecho a la protección de datos personales en el marco de las actividades electorales.

Asimismo, merece la pena destacar que el precepto objeto de enjuiciamiento ya había sido polémico con anterioridad a la promulgación de la sentencia, recogiendo dicha preocupación la AEPD.

El mismo día de la votación de la disposición legislativa cuestionada LOPDGDD publicó una circular (Circular 1/2019), en la que sin rebasar los límites a los que se somete su ejercicio, trataba de establecer una serie de garantías y cautelas con respecto a la habilitación del tratamiento de los datos políticos dado que la disposición no las contenía.¹⁰⁸

No obstante, dichas aclaraciones no fueron suficientes para solucionar los numerosos problemas que generaba la falta de una legislación que precisara el contenido y condiciones de tal habilitación, de ahí que se necesitase la entrada del TC para sentar jurisprudencia.

En definitiva, la STC 76/2019 representa una sentencia pionera en el tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas. Sin embargo, no puede cometerse el error de considerar que todos los problemas de fondo abordados por la sentencia quedan resueltos con el fallo de esta: la declaración de inconstitucionalidad del precepto objeto de recurso, ya que el tratamiento de los datos por parte de los partidos político requiere de regulaciones específicas en atención al tipo de dato objeto de tratamiento, así como a las técnicas analíticas utilizadas.¹⁰⁹

¹⁰⁷ HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campanas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, p. 57.

¹⁰⁸ JOVE VILLARES, D., “la inconstitucional habilitación a los partidos políticos para recabar datos sobre opiniones políticas. comentario a la STC 76/2019, de 22 de mayo.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 121, enero – abril 2021, p. 315.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 328.

De conformidad con la doctrina: “el tratamiento de datos personales por los partidos políticos es algo inevitable en el contexto electoral actual y no regularlo es tratar de negar la realidad. Es necesario, pues, regular estas prácticas para que partidos políticos puedan comunicarse con los electores de forma rápida y económica, además de personalizada, estableciendo las garantías adecuadas para preservar la privacidad de las personas.”¹¹⁰

Una vez que se ha constatado la importancia de la STC 76/2019, cabe preguntarnos qué implicaciones y repercusiones tendrá esta jurisprudencia en la utilización de técnicas analíticas avanzadas para el tratamiento de datos políticos con fines electorales en nuestro país.

“La consolidación de tecnologías basadas en el tratamiento masivo de datos y la solución algorítmica a problemas y decisiones de la vida diaria afectan al modo en que la sociedad se organiza y se desarrolla”.¹¹¹

No podemos olvidar, que, pese a la eliminación del apartado del artículo 58 bis de la LOREG, los partidos políticos, tal y cómo se recoge en los apartados 2 y 3 del mencionado precepto pueden utilizar los datos contenidos en sitios web para la realización de sus actividades electorales, así como enviar propaganda electoral por vía telemática en redes sociales o portales equivalentes.

Por lo tanto, los partidos políticos se encontrarían habilitados para utilizar los datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos que se puedan inferir a través de informaciones contenidas en sitios web para la realización de sus actividades electorales. Ahora bien, cabe plantearse si tal habilitación protege o no el derecho fundamental a la protección de datos personales de los ciudadanos afectados.

“Como propuesta regulatoria concreta, creo que las actividades de recogida y tratamiento de datos a que se refiere el párrafo anterior deberían ser objeto de una especial supervisión por parte de la AEPD. Con este fin, creo que sería necesario que se imponga por ley la obligación de que los partidos elaboren un código de conducta relativo a estas actividades, el cual debería ser revisado y aprobado por la AEPD.”¹¹²

¹¹⁰ SÁNCHEZ MUÑOZ, O., “Las campañas electorales digitales en España y su problemática jurídica”, *La regulación de las campañas electorales en la era digital: Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Universidad de Valladolid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 299,

¹¹¹ JOVE VILLARES, D., “la inconstitucional habilitación a los partidos políticos para recabar datos sobre opiniones políticas. comentario a la STC 76/2019, de 22 de mayo.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 121, enero – abril 2021, p. 306.

¹¹² SÁNCHEZ MUÑOZ, O., “Las campañas electorales digitales en España y su problemática jurídica”, *La regulación de las campañas electorales en la era digital: Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Universidad de Valladolid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 298.

De esta manera, mediante la realización de una labor de control con respecto a la actividad de los partidos políticos en el desarrollo del proceso electoral, especialmente, respecto a las condiciones y características del tratamiento de los datos personales recopilados, se podrían garantizar unas ciertas cautelas para la salvaguarda de la privacidad de las personas, que evitasen algunos de los perjuicios que se pueden producir si se lleva a cabo una utilización indebida de las técnicas de tratamiento de datos personales.

Si bien es cierto, que estos inconvenientes no se pueden extinguir del todo, puesto que cómo se ha comentado los partidos políticos son asociaciones que se crean para el cumplimiento de sus propios fines, por lo que resulta evidente que utilizarán todos los medios a su alcance para lograrlo. Debido a ello, resulta fundamental establecer un marco de control más estricto del tratamiento político de los datos, que trate de prevenir o mitigar los efectos perjudiciales en los ciudadanos, así como garantizar la libertad ideológica que debe presidir los procesos electorales.

Esta necesidad de control encuentra su razón de ser en el hecho de que las nuevas tecnologías de la información han incrementado las posibilidades y formas de relación con el electorado potencial, especialmente, con respecto a la influencia en la formación de su voluntad política. De esta manera, no son infrecuentes las “«técnicas militares de ataque psicológico» (Suárez-Gonzalo, 2018: 27), o la elaboración de noticias poco veraces, cuando no directamente falsas, destinadas a sectores específicos de población.”¹¹³

Es precisamente este suceso, la elaboración y aplicación de técnicas poco legítimas para influir en la ideología e inclinación política del votante, lo que pone de manifiesto la importancia de esta sentencia, sobre todo en lo que respecta la necesidad de establecer una legislación adecuada para la protección de los ciudadanos cuando se habilita a los partidos políticos para realizar estas actividades de tratamiento y recopilación de datos.

¹¹³ JOVE VILLARES, D., “la inconstitucional habilitación a los partidos políticos para recabar datos sobre opiniones políticas. comentario a la STC 76/2019, de 22 de mayo.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 121, enero – abril 2021, p. 306.

Y es que no se prevé que la influencia de las técnicas informáticas utilizadas por organismos políticos en las decisiones cotidianas de las personas disminuya en un periodo próximo, sino más bien lo contrario. Nos estamos moviendo hacia un mundo cada vez más informatizado, lo cual agiliza enormemente el desarrollo de actividades fundamentales para el funcionamiento del sistema democrático, sin embargo, esta tendencia no está exenta de inconvenientes, especialmente en relación con la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sin que nada podamos hacer para evitarlo.

Sin embargo, constituye una obligación ineludible que los órganos implicados en la protección y garantía del sistema constitucional pongan en marcha medidas para tratar de salvaguardar en la medida de lo posible los hitos propios de una sociedad democrática tardía como la española.

“Hay otros derechos y actuaciones que pueden contribuir a minimizar los efectos perturbadores del mal uso de los instrumentos digitales, v. gr., una mayor transparencia, apostar por modelos que aseguren el acceso a información veraz y que, a la vez, contrarresten, o al menos debiliten, los efectos de las fake news; pero, sobre todo, fomentar la formación digital de la ciudadanía, no solo desde el punto de vista técnico, sino, también, en valores y derechos. Es necesario generar un espíritu crítico que permita salir a flote del caudaloso torrente de información existente.”¹¹⁴

¹¹⁴ JOVE VILLARES, D., “la inconstitucional habilitación a los partidos políticos para recabar datos sobre opiniones políticas. comentario a la STC 76/2019, de 22 de mayo.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 121, enero – abril 2021, p. 307-

5. CONCLUSIONES

Una vez que se han abordado los diferentes apartados de este trabajo, con la finalidad de poder hacer una aproximación al ámbito del tratamiento de datos personales por los partidos políticos, podemos establecer una serie de conclusiones que nos permitan tratar de determinar cuál es el estado de la cuestión.

I) La recopilación y tratamiento de los datos personales por los partidos políticos, y especialmente la utilización de técnicas analíticas avanzadas de perfilado ideológico, con las que poder influir en el voto del público objetivo, se encuentran permitidas y reguladas en el marco normativo del derecho a la protección de datos personales.

De esta manera, de conformidad con el artículo 58 bis de la LOREG: “Los partidos políticos, coaliciones y agrupaciones electorales podrán utilizar datos personales obtenidos en páginas web y otras fuentes de acceso público para la realización de actividades políticas durante el periodo electoral. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral. Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición.”

Fue precisamente esta misma postura la que adoptó el TC en la STC 76/2019, la cual dio lugar al hito fundamental de eliminar el apartado 1 del artículo 58 bis al considerarlo inconstitucional por no contar con el establecimiento de unas garantías claras y delimitación específica de la finalidad que permita la injerencia del derecho a la protección de datos cuando dichos datos personales son tratados por los partidos políticos.

II) Por todo ello, podemos llegar a la conclusión de que, pese a la prohibición general del tratamiento de datos personales de categoría especial, entre los que se encuentran los datos relativos a la ideología política, recogida en el artículo 9.1 del RGPD, existen excepciones que habilitan a los partidos políticos para recopilar y tratar estos datos (Art 9.2 RGPT).

III) Sin embargo, el hecho de que exista una habilitación a los partidos políticos para poder acceder y utilizar los datos personales relativos a opiniones políticas de la población, con la finalidad de realizar sus tareas en el marco electoral, no implica que no sea necesario establecer una regulación clara y estricta que determine las garantías y cautelas adecuadas de dicho tratamiento.

IV) Así, el RGPD y la LOPDGDD constituyen el marco normativo del derecho a la protección de datos, pero, al igual que ocurrió con la legislación específica de la LOREG, la falta de concreción específica de la legislación aplicable, que permita determinar de forma clara e ineludible cuales son las garantías y cautelas que deben seguirse para el tratamiento de datos relativos a opiniones políticas, puesto que supone una injerencia en el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales, genera e indudablemente va a seguir produciendo otros supuestos conflictivos en el futuro.

Si no se cuenta con una legislación aplicable clara en la utilización de técnicas masivas de microsegmentación por parte de los partidos políticos los peligros y vulneraciones de los derechos fundamentales de las personas se seguirán produciendo, puesto que los partidos políticos como asociaciones que surgen para el cumplimiento de sus fines tenderán a usar todas aquellas técnicas y resquicios que les permitan cumplir sus funciones de una manera más óptima, como es el caso de influir en el voto de la población, de manera que si no se establecen unas cautelas y garantías claras y concretas que determinen los pasos a seguir en el tratamiento de los datos políticos, la vulneración de los derechos de las personas, y la extensión indebida del tratamiento de los datos más allá del público objetivo estricto estará a la orden del día.

V) Además, tal y como se ha comentado anteriormente, con el surgimiento y consolidación sin límite de las nuevas tecnologías de la información, las formas de conectarse y relacionarse de los partidos políticos con los ciudadanos, y especialmente, con el público objetivo, han evolucionado considerablemente.

Actualmente, las personas exponen libremente sus preocupaciones, inclinaciones y preferencias políticas en redes sociales, y en muchas ocasiones a través de informaciones banales que permiten inferir la ideología política de sus titulares.

Esta situación permite a los partidos políticos poder diseñar de una forma óptima y efectiva sus técnicas de perfilado ideológico, que les permitan dirigir de una forma más exitosa su publicidad política.

VI) Es precisamente esta situación actual que vivimos como consecuencia de habernos convertido en un mundo cada vez más informatizado la que quizás representa un peligro más claro en la garantía de la protección de datos personales.

VII) Nadie niega que, si las personas físicas desde su esfera de libertad ideológica deciden hacer públicas sus inclinaciones y preferencias políticas en redes sociales, los partidos políticos puedan utilizar esa información con la finalidad de dirigir sus técnicas de perfilado ideológico.

VIII) Sin embargo, y en conexión con lo expuesto anteriormente, el hecho de que el tratamiento de datos relativos a opiniones políticas esté permitido en la ley no implica que este no se deba encontrar sujeto a una serie de reglas y cautelas que los partidos políticos deben respetar en su labor política.

Por todo ello, pese a que estas técnicas de big data partan de la libre información expuesta por la población votante, ello no exenta de cumplir una serie de normas que garanticen la no vulneración de los derechos fundamentales de las personas.

IX) En este sentido, la STC 76/2019 representa un ejemplo claro de los peligros que genera una legislación inexacta en la salvaguarda de los derechos de las personas. La falta de concreción de la ley permite que los partidos políticos en el tratamiento de los datos referentes a la ideología política de la población votante puedan encontrar resquicios que les permitan extenderse más allá de donde le posibilitaría la ley de conformidad con el derecho a la protección de datos personales.

X) Es por ello que resultaría fundamental hacer una revisión del marco normativo aplicable a este derecho fundamental, a fin de asegurar que los preceptos aplicables estén redactados de forma clara, sin generar dudas con respecto a las reglas que deben guiar el tratamiento de los datos especialmente sensibles de las personas.

XI) Los casos comprometidos como Facebook no representan una excepción, sino una consecuencia de la informatización del mundo moderno, peligros que comprometen los cimientos democráticos que tanto ha costado conseguir, de ahí que resulte indispensable seguir trabajando en el establecimiento de cautelas y garantías cuando se afecta a un derecho esencial como es el de la protección de datos personales.

XII) Los partidos políticos en cumplimiento de su labor de representantes políticos pueden utilizar todos los medios legales que se encuentren a su alcance para realizar su función, sin embargo, las técnicas de big data de microsegmentación se han especializado de tal manera que generan una publicidad excesivamente segmentada dirigida a grupos de público objetivo, de manera que generan desinformación sobre los asuntos públicos, produciendo desconfianza en la población, y vulnerando la existencia de un debate público, libre y plural que debe fundamentar el proceso electoral español.

XIII) El avance de las tecnologías de la información ha reportado grandes beneficios para la sociedad, el hecho de que las nuevas tecnologías permitan perfeccionar las técnicas políticas en el marco de sus actividades electorales representa un gran logro para el sistema democrático, sin embargo, si no se establece un control estricto de esta actividad, se corre el riesgo de poner en peligro los derechos fundamentales merecedores de protección de las personas.

En consonancia con este planteamiento se encuentran los últimos movimientos normativos de la Unión Europea, que en los últimos años ha desarrollado diferentes propuestas normativas como la propuesta de la Comisión Europea de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la transparencia y la segmentación de la publicidad política, y la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial), las cuales se encuentran en debate en la actualidad, y con las que se pretende concretar la normativa de aplicación estableciendo mayores reglas y cautelas en el tratamiento de datos personales especialmente sensibles, con la finalidad de hacer frente a los riesgos que la evolución de las nuevas tecnologías puede producir en la protección de los datos de carácter personal.

XIV) En definitiva, el derecho a la protección de datos personales es un derecho fundamental y autónomo digno de protección, que se somete a excepciones que permiten una injerencia en su contenido, como es el tratamiento de datos personales por los partidos políticos, pero que debe ser sometido a cautelas y garantías estrictas que aseguren que las técnicas del tratamiento de datos no van a erosionar los cimientos del sistema democrático.

6. Referencias bibliográficas

ARROYO ABAD, B., “El tratamiento de los datos personales con fines políticos y electorales. Reflexiones en torno al nuevo artículo 58 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.” *La Ley*, núm. 15101, 2018, pp. 1 – 25.

FERRER MARTÍN, C. *¿El fin de los perfiles ideológicos en la propaganda electoral? El Tribunal Constitucional declara contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del Artículo 58Bis de la LOREG (STC 76/2019, de 22 de mayo)* [En línea]. Madrid: Minsait, 2018. <<https://www.minsait.com/ideasfordemocracy/es/el-fin-de-los-perfiles-ideologicos-en-la-propaganda-electora>> [Consulta: 10 de mayo de 2023].

GARCÍA MAHAMUT, R., “Partidos políticos y derecho a la protección de datos en campaña electoral: tensiones y conflictos en el ordenamiento español”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 35, 2015, p. 309 – 338.

GARCÍA MUÑOZ, O., “La protección de los datos de carácter personal”, Araguás Galcerá, I., et al, *Los límites del derecho de acceso a la información pública*, Ulzama Digital, España, 2017, pp. 227 – 259.

GARCÍA SANZ, R.M., “Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: Todo en interés público”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 183, 2019, pp. 129 – 159.

GARRIDO LÓPEZ, C y SÁEZ ROYO, E., “La reforma del Estado de partidos.”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 177, julio - septiembre 2017, p. 259 – 274.

GONZÁLEZ DE LA GARZA, L.M., “El Big Data como la gran herramienta de pronóstico de tendencias en los sistemas electorales. Del salto del paradigma demoscópico a los datos de comportamiento real”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 50, 2019, pp. 1 – 23.

GUTIÉRREZ DAVID, E., “Intimidad y propia imagen: los ecos del common law americano y la evolución de la jurisprudencia constitucional española”, *Nueva Época*, núm. 14, Junio – agosto 2013, pp. 85 – 108. ISSN: 1988-2629

HERNÁNDEZ PEÑA, J.C., “Campanas electorales, big data y perfilado ideológico. Aproximación a su problemática desde el derecho fundamental a la protección de datos.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 124, 2019, p. 41 – 73.

JOVE VILLARES, D., “la inconstitucional habilitación a los partidos políticos para recabar datos sobre opiniones políticas. comentario a la STC 76/2019, de 22 de mayo.”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 121, enero – abril 2021, p. 303 – 331.

LARIO, D. y MARTÍNEZ NEIRA, M. (2022). “Pérez Luño, Antonio Enrique”. *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., “El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007, pp. 47 – 61.

MATIA PORTILLA, E., “Derecho a la información de los representantes políticos, protección de datos y transparencia”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 42, 2017, pp. 129 – 151.

MOLINS GARCÍA - ATANCE, J., “El derecho a la protección de datos de carácter personal. Algunos supuestos conflictivos”, *Actualidad Civil*, núm. 10, 2019, pp. 1-5.

Parlamento Europeo. *Ley de la IA de la UE: primera normativa sobre inteligencia artificial* [En línea]: *Noticias Parlamento Europeo*: 14 de junio de 2023. Parlamento Europeo. <<https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20230601STO93804/ley-de-ia-de-la-ue-primer-normativa-sobre-inteligencia-artificial>> [Consulta: 7 jul. 2023].

PASCUA MATEO, F.B., “un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político. comentario a la sentencia del tribunal constitucional 76/2019, de 29 de mayo, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1405-2019 (B.O.E. núm. 151, 25 de junio de 2019).” *Revista de las Cortes Generales*, núm. 106, 2019, pp. 549 – 558.

PIÑAR MAÑAS, J.L., “El derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 19 – 20, 2003, p. 45 – 90.

PRIETO GUTIERREZ, J.M., “Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales” *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1971-1972, pp. 3119 – 3146.

ROVIRA, A., “Los defensores del pueblo y la convención de Prüm.” *ReDCE*, núm.7, Enero – junio de 2007, pp. 207 – 233.

SÁNCHEZ MUÑOZ, O., “Las campañas electorales digitales en España y su problemática jurídica”, *La regulación de las campañas electorales en la era digital: Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, Universidad de Valladolid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 285 – 347.

SAMPERE SAMANIEGO, J. “Tratamiento de datos de ideología política y religiosa en la realización de encuestas”, *LA LEY privacidad*, núm. 5, 2020, pp. 1 – 8.

Tribunal Constitucional (España). *Protección de datos de carácter personal* [En línea]: Composición, organización y competencias: 11 de noviembre de 2022. Tribunal Constitucional. <
<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/organizacion/Paginas/04-Responsable-de-Seguridad-de-Datos.aspx>>
[Consulta: 27 abr. 2023].

7. Disposiciones normativas

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 30 de marzo de 2010, DOUE, (2010/C 83/02).

Constitución Española, de 27 de diciembre, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

Ley Orgánica 15/1999, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. «BOE» núm. 298, de 14/12/1999.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. «BOE» núm. 294, de 06/12/2018.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión, de 21 abril de 2021.

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la transparencia y la segmentación de la publicidad política, de 25 de noviembre de 2021.

Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones. «BOE» núm. 266, de 05/11/2019.

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» núm. 119, de 4 de mayo de 2016, páginas 1 a 88.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 30 de marzo de 2010, DOUE (C 83/47).

8. Jurisprudencia

Sentencia Tribunal Constitucional, de 2 de diciembre de 1988. ECLI:ES:TC: 1988:231

Sentencia Tribunal Constitucional, de 15 de febrero de 1990. ECLI:ES:TC: 1990:20

Sentencia Tribunal Constitucional, de 20 de julio de 1993. ECLI:ES:TC: 1993:254

Sentencia Tribunal Constitucional, de 13 de enero de 1998. ECLI:ES:TC: 1998:11

Sentencia Tribunal Constitucional, de 30 de noviembre de 2000. ECLI:ES:TC: 2000:292

Sentencia Tribunal Constitucional, de 30 de enero de 2012. ECLI:ES:TC:2012:12

Sentencia Tribunal Constitucional, de 22 de mayo de 2019. ECLI:ES:TC: 2019:76