

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES, JURÍDICAS Y DE
LA COMUNICACIÓN**

TRABAJO DE FIN DE GRADO



Universidad de Valladolid

GRADO EN PUBLICIDAD Y RELACIONES PÚBLICAS

CURSO 2019-2020

**¿PUEDEN LOS PARTIDOS POLÍTICOS TENER ACCESO A MIS DATOS
PERSONALES?**

Línea: Comunicación y Derechos Fundamentales

Presentado por:

Beatriz Alonso Herrero

Tutor: Francisco Javier Matia Portilla

Segovia, diciembre de 2019

ÍNDICE

1. Introducción al estudio: objetivos.	3-7
2. Artículo 58.bis y debate Parlamentario.	7-10
2.1 El Artículo 58.bis.	7-9
2.2 Debate Parlamentario.	9-10
3. Reacciones.....	10-31
3.1 Parlamento Europeo.	10-13
3.2 Agencia Española de Protección de Datos.	13-16
3.3 Fundación para la Defensa de la Privacidad y los Derechos Digitales. ...	16-18
3.4 Reacciones Políticas.	18-21
3.5 Doctrina.	21
3.6 Recurso del Defensor del Pueblo.	22-31
4. Sentencia del Tribunal Constitucional.	31-38
5. Conclusiones.	39
6. Bibliografía.	40-43
7. Anexos.	44-51

1. Introducción al estudio.

En el presente trabajo se procede a una revisión sobre la legislación referente a la protección de datos personales. Así pues, se hace especial mención al modo en el que la ley ampara el uso de datos personales por parte de los partidos políticos, sobre todo, durante el periodo electoral. En el proyecto ley de la LOPD no se incluía el artículo 58 bis que hace referencia a la “Utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales”.

Como indica González-Quijano (2011), es una realidad la existencia de nuevas generaciones que van a ser partícipes de la lucha social a través de la red. Se trata de un activismo social digital, al cual hace referencia el autor del artículo con el nombre de “nativos digitales”. Esta presencia de activismo social en la red se potencia con la comunicación establecida en las redes sociales. La capacidad de las redes de difundir la información es proporcional al número de “nativos digitales” presentes en ella. Precisamente, es este activismo social digital el que está estrechamente vinculado con la protección de datos.

Este proceso comunicativo y de difusión de la información se ve fortalecido con la convivencia de distintos medios de comunicación que trabajan en interacción. Es el caso del trabajo en colaboración de cadenas de televisión como *Al-Jazeera* con las redes sociales.

Por otro lado, el autor enfatiza el importante papel de las redes sociales en las consecuencias políticas de un país. De hecho, se puede deducir e interpretar de la lectura del artículo, que el uso de la red social puede contribuir en gran medida a los cambios en los sistemas políticos de un país.

Desde nuestro punto de vista, resulta incuestionable la influencia en la sociedad de todo lo publicado y comentado en las redes sociales. Es suficiente con recordar la dimensión socio-política que ha tenido las campañas electorales de nuevos partidos políticos en España en las últimas elecciones. Estos nuevos partidos han apostado por hacer uso de las redes sociales en un gran porcentaje de su campaña electoral. Y el resultado, no ha sido otro que una gran diversidad en las urnas.

Precisamente, la gran influencia de internet y, en concreto, de las redes sociales radica, sobre todo, en la difícil censura que se puede llevar en este medio, junto a la problemática en torno a los límites difusos en la legislación que hace referencia a la protección de datos. Es decir, se trata de un medio de comunicación digital cuyos contenidos de información son difícilmente censurables por la rápida propagación de cada noticia que salta a la red.

La velocidad de propagación de una información en la red hace casi imposible cualquier tipo de censura. Cuando esta se va a aplicar, ya puede ser tarde.

A pesar de todo, González Quijano resalta la capacidad de un gobierno para controlar también el terreno de las redes sociales. Ejemplifica así con el caso de Siria. Un país estricto en el terreno de las libertades, pero que, sin embargo, ha facilitado a sus habitantes el acceso a las aplicaciones de las redes sociales, precisamente como técnica de control y vigilancia del conflicto.

Por tanto, matizamos que ante la difícil censura de la información publicada en las redes sociales, los distintos sistemas de gobierno se ven obligados a utilizar otras estrategias de control. Tal es el caso de Siria estableciendo una vigilancia sobre los usuarios; o el caso de Estados Unidos, utilizando la red para ejercer la influencia correspondiente. Además, el autor ejemplifica este asunto con casos de empresas que han mantenido acuerdos con el sistema de gobierno para ejercer la publicidad o influencia oportuna.

En definitiva, lo que, a priori, parece una manifestación de libertad por parte de los usuarios que hacen uso de la red, puede convertirse, a posteriori, en vigilancia y control por parte de los distintos gobiernos o actividades políticas.

Por todo ello, el autor vaticina que se tomarán medidas para privatizar los datos personales e ideológicos derivados del uso de internet. En la actualidad existen pocas medidas de privacidad con respecto al uso de las redes sociales, y ese es precisamente uno de los temas principales del presente trabajo.

En este sentido, los gobiernos disponen no solo de medidas informáticas para acceder a la información de los usuarios, sino también de una sólida infraestructura informática y digital para controlar toda la información que se publique en las redes.

Además, según González Quijano (2011)¹, los gobiernos del mundo árabe cuentan con otras medidas para “cortar las alas” a los usuarios de redes sociales. Restringir el acceso a determinados sitios web, utilizar los datos de las personas con el fin de encasillarlos en una determinada ideología son algunas de ellas.

En este sentido, se deduce del artículo la idea de que la velocidad de la propagación de la información en el mundo digital puede ganar la batalla a todo tipo de censura o restricciones que quieran hacer los gobiernos.

Por tanto, no solo debemos medir el impacto que ofrece actualmente el uso de las redes sociales en el contexto en el que vivimos. Sino que debemos considerar las consecuencias que dicho impacto puede tener en la sociedad futura y en los sistemas de gobiernos venideros.

Por otro lado, resulta cada vez más habitual la creación de perfiles sociales por parte de las personas. Dicho perfil queda creado una vez que cargamos nuestras fotos, comentarios o vídeos en redes sociales como *Facebook, Twitter, Youtube, LinkedIn o Instagram*.

Esa huella que dejamos en la red, será ya muy difícil de borrar. Se construirá nuestra identidad virtual a través de un conjunto de rasgos que nos beneficiarán o nos perjudicarán, en función de la imagen que hayamos hecha pública.

Por todo ello, es importante que antes de publicar algo en la red, la persona se pregunta qué quiere que el mundo sepa sobre su identidad, y hasta qué punto le puede perjudicar el contenido que va a publicar. Tenemos que ser conscientes de que podemos ser víctimas de robo de datos o de difamaciones que correrán por la red como la pólvora.

A la hora de publicar fotos, vídeos o comentarios, se ha de tener en cuenta que estos pueden circular de modo instantáneo; que mediante ellos queda configurados nuestro

¹ González-Quijano, Yves: *Las revueltas árabes en tiempos de transición digital Mitos y realidades*. Revista *Nueva Sociedad* Nº 235, septiembre-octubre de 2011, ISSN: 0251-3552

perfil personal en el espacio digital. Así pues, se debe cuidar y tener precaución sobre los contenidos que hacemos público.

Sin embargo, aun tomando precauciones sigue existiendo la suplantación de la identidad, que consiste en hacerse pasar por otra persona para obtener un beneficio. Este hecho es calificado como delito en el Código Penal. Se puede suplantar la identidad accediendo ilegalmente a la cuenta, o creando un perfil nuevo y falso. Para acceder ilegalmente a la cuenta, el delincuente, consigue la clave de acceso de la víctima a través de un *phishing* o de *malware*.

Es por ello que todos los usuarios de las redes sociales deben estar informados de que existen modelos de denuncia por suplantación de identidad, y que lo tienen disponible en internet. Sería recomendable ofrecer talleres de información, sobre todo, a los adolescentes, sobre la suplantación de identidad en internet y la protección legal que existe al respecto.

Si bien es cierto que todas las redes sociales cuentan con un apartado de ayuda sobre la Ley de Protección de Datos, sería conveniente que todos los usuarios de internet, y en concreto de las redes sociales, tuviesen conocimiento de su existencia, así como de su manejo y uso en caso necesario. Además, se debe conocer también la existencia de la Agencia Española de Protección de Datos, entre cuyas funciones está la de ejercer la potestad sancionadora en relación con quienes tratan datos. Entre sus ámbitos de actuación cuentan con una *Guía sobre la privacidad y la seguridad en internet* que debería contar con un fácil acceso para todos los usuarios de internet.

En definitiva, contamos con la existencia de recursos que nos protegen. Ahora bien, estimamos oportuno que dichos recursos sean de más fácil acceso para todos aquellos que necesiten acudir a ellos. Del mismo modo, la legislación que hace referencia a la protección de dichos datos, y sobre cuya situación actual reflexionamos en este trabajo, no está del todo bien delimitada a día de hoy.

A partir de estos datos estamos en condiciones de presentar el objetivo general de la presente investigación, así como de delimitar los objetivos en los que se concreta.

Nuestro objetivo general es examinar los acontecimientos jurídicos, políticos y periodísticos que trajo consigo el artículo 58 bis.

Para alcanzar este objetivo general conviene centrar nuestra mirada en dos objetivos específicos. El primero es reflexionar sobre la necesidad de realizar un uso adecuado de los datos personales en la red. El segundo objetivo específico consiste en analizar el artículo 58 bis, el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo y la Sentencia del Tribunal Constitucional que pone fin al proceso.

2. Artículo 58.bis y debate Parlamentario.

2.1. Introducción del Artículo.

El 6 de diciembre del 2018, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE), la disposición final tercera de la LOPD (Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales), la cual modificaba la Ley Orgánica del Régimen Electoral (LOREG), del 19 de Julio de 1985.

Dicha Ley, añadía en su apartado segundo, un nuevo Artículo, el 58 bis, el cual expresa de manera literal:

``Artículo cincuenta y ocho bis. Utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales.

1. La recopilación de los datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan las garantías adecuadas.
2. 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.
3. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la consideración de actividad o comunicación comercial.

4. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral.
5. Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito del ejercicio del derecho a oposición.”

En el proyecto de dicha Ley, no se incluía este Artículo, y no fue informado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), su inclusión vino motivada tras la enmienda 331 de adición llevada a cabo por el Partido Socialista (‘‘Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados.’’, serie A, núm. 13-2, de 18 de abril de 2018, pág. 209)

La adición del apartado tenía una motivación específica; se pretendía que el Reglamento recogiese aspectos exclusivos nacionales, impidiendo así casos como el *Cambridge Analytica*. En dicho caso se llegaron a utilizar los datos de cincuenta millones de usuarios de la Red Social Facebook, por parte de ella misma, y como material de mercadería, con fines electorales, concretamente en las Elecciones de Estados Unidos en las cuales ganó Donald Trump, así como en la votación del Brexit en Gran Bretaña, violando de esta manera, los Términos y Condiciones que los usuarios aceptan cuando se registran en dicha Red.

Pozzi, S (2019)² nos informa de la multa que recibió Facebook en referencia al caso *Cambridge Analytica* en EE. UU.

El expediente contra Facebook por violar sus propias políticas para la protección de los datos de sus usuarios se cierra en Estados Unidos con una doble sanción multimillonaria y una serie de medidas que buscan modificar la manera con la que la compañía prioriza la privacidad. El Departamento de Justicia bendice la multa de 5.000 millones de dólares (4.500 millones de euros) pactada previamente por la Comisión Federal de Comercio (FTC), a la que se suman 100 millones del regulador bursátil por ofrecer a los inversores información engañosa sobre

² Pozzi, S (2019). *Facebook pagará en EE UU una multa de 5.000 millones y deberá mejorar sus sistemas de protección de datos*. *El País*. Artículo con fecha 24-07-2019. Disponible en https://elpais.com/economia/2019/07/24/actualidad/1563983967_275285.html. Consultado el 27-11-2019.

los riesgos asociados a la fuga de datos en el *caso Cambridge Analytica*.

Los autores de la Enmienda, alegaron la introducción de la misma, con la finalidad de que esto no ocurriera en España, legalizando esta práctica para poder establecer un control sobre ella.

2.2. Debate Parlamentario.

El día 22 de noviembre del 2018, jueves, se aprobó con gran polémica en el Senado la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD).

El partido Unidas Podemos, votó en contra, cambiando así su voto, el cual había sido a favor en el Congreso de los Diputados para la Reforma, alegando su desconocimiento sobre la inclusión por parte del Partido Socialista de la última disposición.

Además de Podemos, al voto en contra, se sumaron Bildu, Compromís y Nueva Canarias, así mismo la Reforma recibió votos favorables por parte de PSOE, PP y Ciudadanos.

Resulta interesante, rescatar aquellos argumentos tanto a favor como en contra, que llevaron a cabo diferentes personas en el Parlamento. Se pueden destacar:

1. Rafael Catalá Polo, (Ministro de Justicia Partido Popular 2014-2018): Alegó que el precepto ayuda a regular la protección de los ciudadanos en materia de tratamiento de datos personales, tanto en España como en la Unión Europea. En su opinión, y en la del Partido Popular, la iniciativa es necesaria e imprescindible, ya que refuerza la protección de los datos de los ciudadanos, e implica seguridad jurídica y certidumbre, presentando grandes ventajas para los derechos de la ciudadanía. Además, argumentó que dicho proyecto es coherente con el Reglamento Europeo y que permite oponerse, suprimir y limitar el tratamiento de los datos de carácter personal.

2. Lourdes Ciuró i Buldó, (Diputada de Convergència i Unió): Lourdes recalcó que no se encuentran en contra de la Ley, sino que alegó que se resta la garantía de las Comunidades Autónomas a controlar sus competencias de actuación.
3. Ester Capella i Farré, (Diputada de Esquerra Republicana de Catalunya): Capella, destacó que el Derecho a la Protección de Datos es algo fundamental, recalcando la importancia del derecho a rectificación u oposición del tratamiento de los mismos. Resalta, también, la falta de distribución de competencias en la Ley,

Por su parte, el portavoz del Senado, Ander Gil, expuso a la prensa lo siguiente: “Estamos hablando de un marco legal europeo en el que se establece en esta cuestión y se trata de trasponerlo al ordenamiento jurídico nacional”.³

El abogado del Estado alegó el derecho legítimo en democracia que tienen los partidos políticos de conocer las opiniones de los ciudadanos, únicamente en campañas electorales, con finalidades estratégicas.

3. Reacciones.

3.1. Parlamento Europeo.

Desde Bruselas, el Parlamento Europeo, no tardó en expresar sus reservas hacia esta Reforma, alegando de forma clara y contundente que “El Reglamento Europeo de Protección de Datos no permite la elaboración de perfiles de personas ni la obtención de datos de las Redes Sociales sin el consentimiento previo de esa persona”, añadiendo, de forma tajante la falta de salvaguardias y garantías para proteger a los usuarios.

Resulta de especial importancia, hacer alusión, y, posteriormente, analizar el Artículo 9 del Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea, el cual regula el tratamiento de categorías especiales de datos.

³ https://www.eldiario.es/tecnologia/Parlamento-Europeo-alarmado-electoral-reglamento_0_838516945.html Consultado el 12-11-2019

El punto uno de dicho Artículo, establece la prohibición del tratamiento de datos personales, reveladores del origen étnico o racial, opiniones políticas etc. Aquí, podríamos incluir la ideología política, por lo que se deduce que el Artículo 58 bis de la Ley española estaría infringiendo el Reglamento Europeo.

Sin embargo, el punto dos, expone que la prohibición expuesta en el primer punto, no será aplicada cuando concurren una serie de circunstancias:

- a. Que el interesado diera su consentimiento explícito para tratar dichos datos personales con finalidad única o varios fines especificados, siempre y cuando el Derecho de los Estados Miembros, en su normativa, disponga que la prohibición mencionada en el Apartado uno, no pueda ser levantada por el interesado.
- b. Cuando el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de las obligaciones y ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado.
- c. Que el tratamiento sea necesario para la protección de intereses vitales del interesado o de otra persona física, cuando el interesado no tenga capacidad ni física ni jurídica para prestar su consentimiento.
- d. El tratamiento se realiza en relación con actividades legítimas y con las debidas garantías por fundaciones, asociaciones y, en general organismos sin ánimo de lucro, con la finalidad política, filosófica o sindical y, se refiera única y exclusivamente a miembros actuales o antiguos de estos organismos.
- e. Que el tratamiento se refiera a datos personales, manifiestamente públicos, realizados por el interesado.
- f. Cuando sea necesario para la formulación de reclamaciones o el ejercicio de funciones judiciales por los Tribunales.
- g. Por razones de interés público esencial, con proporcionalidad al objetivo conseguido.
- h. Cuando sea necesario para fines de medicina preventiva o laboral, diagnósticos médicos, evaluaciones sobre la capacidad laboral del trabajador, y, en general, cuando sea necesario para la asistencia sanitaria y social.

- i. Cuando en el ámbito de la Salud Pública, sea necesario por razones de interés público, como amenazas transfronterizas graves para la salud, garantizar niveles de calidad y seguridad de la asistencia sanitaria y medicación.
- j. Cuando sea necesario para la investigación científica o histórica o finalidad estadística.

Cabe destacar, dentro de las excepciones, que aquella que tiene relación con la ideología política, es la expuesta en el apartado e., en el cual se cita el concepto de manifiestamente público. Dicho concepto se relaciona con el de *fuentes de acceso público*, alegado en el Artículo 58 bis. La RGPD, y que hace referencia al sujeto que trate datos provenientes de dichas fuentes de acceso público. Dicho sujeto debe de cumplir una serie de condiciones, entre ellas, la responsabilidad sobre los datos, o la obligación de informar al titular de los mismos. Esta segunda condición, es vulnerada en su totalidad por parte del precepto citado, ya que en ningún caso se alude a la idea de informar al titular de los datos personales sobre el futuro tratamiento de los mismos por parte de los partidos políticos.

El citado Reglamento proporciona la definición de lo que se entiende en él como *tratamiento*; “Toda operación o conjunto de operaciones sobre datos personales o conjuntos de datos personales, bien por procedimientos automatizados o no, como pueden ser la recogida, el registro, organización, estructuración, conservación, adaptación, modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción.”

El precepto del Artículo 58 bis permite, mediante procedimientos automatizados, el registro, la organización y estructuración de conjuntos de datos personales.

Interconectando la definición de tratamiento, y la prohibición del mismo en el Artículo uno RGPD, entenderíamos que el Artículo 58 bis, vulnera el Art 9 RGPD.

Además, a todo ello hay que sumar que los “datos especialmente protegidos” que preveía la LOPD aparecen en el Reglamento comunitario como “categorías especiales de datos”. Se trata, en cualquier caso, de datos que, por su naturaleza, son merecedores

de una especial protección, pues de lo contrario se podría vulnerar los derechos y libertades fundamentales.

3.2. Agencia Española de Protección de Datos.

La Agencia Española de Protección de Datos, publicó el 19 de diciembre de 2018 un informe de su Gabinete Jurídico, el cual establecía que el Artículo 58 bis de la LOREG, debía de ser objeto de una interpretación restrictiva.

Por interpretación restrictiva, ha de entenderse que, a la norma aplicable, se le asigna un significado más limitado del que se deriva de su consideración gramatical.

En el citado informe del Gabinete Jurídico, esta interpretación restrictiva obedece a una excepción a la Regla General, recogida en el Artículo 9 del RGPD, el cual prohíbe el tratamiento de categorías especiales de datos de carácter personal, entre ellos, se encuentran, evidentemente, las opiniones políticas.

Así mismo, el Artículo 58 bis debe de ser interpretado según la Constitución Española (CE) de 1978, sin que vulnere los derechos fundamentales como la protección de datos, el derecho a la libertad ideológica, a la participación política o a la libertad de expresión y/o información.

El informe jurídico presentaba tres conclusiones que resultan básicas y fundamentales:

1. Los partidos políticos podrán tratar opiniones políticas de los ciudadanos si han sido expresadas públicamente. Son inaplicables las tecnologías Big Data o Inteligencia Artificial, con la finalidad de deducir la ideología política.
2. Los datos sólo se pueden obtener de webs y fuentes de acceso público, cuyo acceso a la consulta la pueda realizar cualquiera, no pudiéndose hacer ese acceso cuando está restringido a los amigos u otros conceptos similares.
3. El tratamiento debe ser proporcional al objeto perseguido. Se autorizan los perfiles generales o segmentados por categorías, no autorizándose los

*microtargeting*⁴. El informe tipifica diez garantías adecuadas, que deben ser ofrecidas por los partidos políticos para ese tratamiento de datos.

Posteriormente, la AEPG publicó la Circular 1/2019 de 7 de marzo, referente al Tratamiento de Datos Personales relativos a opiniones políticas, así como al envío propagandístico por medios digitales o por mensajería, por parte de partidos políticos, agrupaciones de electores y otras organizaciones, todo ello en referencia al artículo 58. Bis de la Ley Orgánica 5/1985 del 19 de junio.

Resulta de especial relevancia, para el presente estudio, llevar a cabo un profundo análisis sobre esta Circular, ya que en ella se detallan aspectos importantes relacionados con la protección de los datos, y que afectan directamente al Artículo sobre el que estamos llevando a cabo el estudio.

El Artículo 7 de la Circular, tiene en cuenta el Artículo 9.2 del RGPD de la UE, y, por ello, establece un elenco de medidas adecuadas y específicas con la finalidad de proteger los intereses y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Estas medidas tienen opción a ampliarse, cuando el responsable del tratamiento de los datos lo estime oportuno.

La primera garantía se fundamenta en el principio de responsabilidad, donde se adopten una serie de medidas de organización.

La segunda garantía se centra en la designación de un delegado que se ocupe de la protección de los datos.

La tercera expone la necesidad de establecer un registro de tratamientos de los datos basado en los principios de lealtad y transparencia.

La cuarta permite la evaluación del impacto de la protección de los datos.

⁴ Estrategia metodológica de marketing, vinculada a la mercadotecnia, cuya finalidad es la de influir en las decisiones de los clientes. Se basa en la gestión de enormes cantidades de datos y en la búsqueda de patrones comunes mediante criterios de selección que consideran preferencias, inclinaciones etc., para finalmente lanzar mensajes acordes a estos intereses.)

La quinta se centra en aquellos datos de riesgo, cuyo tratamiento, debe de ser primeramente autorizado por la AEPD, quien podría adoptar las medidas que considere oportunas, todo ello, valorando el riesgo.

En la sexta se garantiza la adopción de medidas que permitan la seguridad necesaria para el tratamiento de datos sobre opiniones de carácter político.

La séptima expone que el tratamiento realizado por un encargado del mismo recaerá sobre quien ofrezca las garantías necesarias y bajo un contrato.

La octava garantía dice que la decisión y posterior ejercicio de oposición y acceso será gratuito y sencillo.

La novena expone que cuando exista la pretensión de la obtención de datos de terceros, que no sean encargados del tratamiento, se realizará una comprobación de que los mismos, verificando que han sido obtenidos de forma lícita, haciendo especial inciso en la legitimación que el tercero tiene para obtener y tratar dichos datos.

En la décima, el responsable del tratamiento tendrá en cuenta lo dispuesto en el Artículo 22 del RGPD, citado anteriormente, en el cual se analizan los actos automatizados.

Por último, tanto el responsable del tratamiento como el encargado, tienen que acreditar de forma documental que las garantías han sido llevadas a cabo.

La citada Circular cita, en su Artículo segundo, los sujetos que son legitimados (y responsables) de realizar el tratamiento de los datos, enumerando a partidos políticos, federaciones, agrupaciones y coaliciones de electores que presenten candidaturas.

De igual forma, el tratamiento puede ser encomendado a otro sujeto, quien debe seguir las instrucciones del responsable y del contrato.

Ese artículo, prohíbe, tajantemente, la comunicación o transmisión de los datos tratados a terceros.

En el Artículo cuarto se expone que el tratamiento de datos, de acuerdo con lo expuesto con el Artículo 58 bis de la LOREG, será de carácter temporal, limitado al periodo electoral y relativo a actividades y actos de campaña.

El quinto Artículo hace referencia a la naturaleza de los datos los cuales pueden ser objeto de tratamiento, es decir, solamente podrán ser recogidas las opiniones políticas expresadas libremente por las personas cuando ejerciten libremente las libertades de expresión e ideología.

Así mismo, se prohíbe contundentemente la aplicación de tratamientos masivos de datos e inteligencia artificial. Además, se indica que la obtención de datos personales sobre opiniones políticas solo se puede obtener de páginas web y fuentes de acceso público, es decir, que puedan ser consultadas por cualquiera.

3.3. Fundación para la Defensa de la Privacidad y de los Derechos Digitales.

El día 9 de abril del 2019, Jorge García Herrero, representante de la Fundación para la Defensa de la Privacidad y de los Derechos Digitales, reclamó a la Comisión Europea que actuara ante la eventual vulneración del derecho de la unión provocada por la aprobación del **Artículo 58 bis del Reglamento Europeo**.

En dicho texto, Jorge alega la contrariedad del Artículo 58 bis a la siguiente normativa:

- a) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en sus Artículos 7 y 8.

Artículo 7: Respeto a la vida personal y familiar.

“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

Artículo 8: Protección de datos de carácter personal.

1. “Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la 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 la conciernan y a su rectificación.

3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente''.

b) Reglamento Europeo de Protección de Datos 2016/679/UE, en el apartado 1.e del Artículo 6, y en los apartados 1 y 2.g del Artículo 9:

Artículo 6: Sobre la licitud del tratamiento.

6.1.e ``El tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento''.

Artículo 9: Sobre el tratamiento de categorías especiales de datos personales.

9.1 "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 la orientación sexual de una persona física.

9.2 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''.

Además, alega la inoperatividad de la introducción del artículo, puesto que no soluciona ningún problema democrático porque este no existe. En España no nos encontramos ante un mal funcionamiento del sistema democrático, que conlleve una necesidad de introducir este precepto en nuestro ordenamiento, es más, es el precepto el que crea un problema con su contrariedad a la Ley.

García Herrero añade que, ``Al no especificar medidas de salvaguardia adecuadas y específicas, el legislador ha "dimitido" de su responsabilidad y ha dejado el derecho de los ciudadanos a la protección de datos en manos de los partidos políticos''.

Podemos observar que se apela nuevamente a las garantías, exponiendo su inexactitud y concreción. Este hecho otorga el poder a los partidos políticos, quienes, mediante la introducción de estas garantías adecuadas, limitarían este poder que se han auto asignado.

Por tanto, desde la Fundación para la Defensa de la Privacidad y de los Derechos Digitales, el artículo 58 bis de la LOREG es considerado una infracción de la legislación europea.

Así pues, el texto de la reclamación⁵ indica, entre otras cuestiones, las siguientes:

Los derechos de los ciudadanos no se respetan cuando no se definen los límites entre el tratamiento legal y la interferencia ilegal en un derecho fundamental como el de protección de datos personales. Esto es aún más cierto cuando se trata de categorías especiales de datos, cuyo tratamiento debe ser especialmente restringido tanto en su interpretación como en su ejecución. Desde el punto de vista de los ciudadanos españoles, la sensación palpable es que los partidos políticos se han atribuido (en un flagrante conflicto de intereses) nuevas capacidades en cuanto al tratamiento de los datos de las personas con fines electorales. Han omitido la regulación de las garantías en beneficio de la privacidad de los ciudadanos, del funcionamiento transparente y adecuado del pluralismo político y de la libre formación de la opinión pública en la esfera política. (p.3)

3.4. Reacciones Políticas.

Por su parte, el diputado socialista Artemi Rallo hizo las siguientes declaraciones con respecto a la disposición final de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos:

“Hemos oído de todo. Que este artículo va a posibilitar un Gran Hermano, que los partidos van a poder crear bases de datos con perfiles ideológicos de los ciudadanos, que van a hacer rastreos masivos en Internet y que además se va a hacer spam con esos datos

⁵ Documento de reclamación redactado por Jorge García Herrero y disponible en https://secuoyagroup.com/wp-content/uploads/2019/04/20190408-complaint-form_ES-def-2.pdf Consultado el 13-11-2019.

resultantes. Yo tengo que decir que nada de eso se va a poder hacer".⁶

Por tanto, desde el Partido Socialista, se defiende el establecimiento de garantías a la protección de datos en la nueva Ley.

Martínez R. (2018)⁷ establece en su artículo un paralelismo entre el artículo 58 bis y *Cambridge Analytica*. Es más, advierte que, si la corrupción suele ser una característica habitual de los partidos políticos, no es de extrañar que en este asunto también vulneren el Ordenamiento Jurídico:

“...no podemos hacer otra cosa que pensar que sin duda las organizaciones políticas van a vulnerar también el Ordenamiento jurídico en este caso. Este argumento, es terriblemente corrosivo para nuestro sistema de libertades. Si no podemos confiar en “los partidos” como categoría, si para ello hemos de no regular o incluso prohibir, en esencia negamos el papel que la propia Constitución les atribuye en su artículo 6. Acentuar el clima de desconfianza como argumento jurídico es manifiestamente inapropiado y altamente lesivo para nuestra democracia...”

Al respecto, Adsuara, B (2018)⁸ explica en su artículo “Por una Lista Robinson” de propaganda electoral los dos tipos de derecho a oposición que existen en relación con el artículo 58 bis que introduce el envío de propaganda electoral por mensajería, y en relación al artículo 59 de la LOREG sobre el envío de propaganda electoral por medios físicos. Así pues, estos son los dos tipos de derecho a oposición existentes:

El derecho de oposición, en realidad son dos: un derecho de oposición general, al tratamiento de nuestros datos personales y de nuestras ideas políticas por los partidos políticos para cualquier

⁶ Declaraciones en una entrevista a Artemi Rallo disponible en https://www.eldiario.es/tecnologia/Entrevista-Artemi-Rallo_0_840266917.html Consultado el 13-11-2019.

⁷ Martínez, R. (2018). *El artículo 58 bis ¿Cambridge Analytica?* Disponible en <http://lopdyseguridad.es/el-articulo-58-bis-cambridge-analytica/> Consultado el 13-11-2019.

⁸ Adsuara, B. (2018). Por una ‘Lista Robinson’ de propaganda electoral. Disponible en <https://www.lainformacion.com/opinion/borja-adsuara/por-una-lista-robinson-de-propaganda-electoral/6445961/> Consultado el 13-11-2019.

actividad; y un derecho de oposición específico, al tratamiento de nuestros datos personales (correo electrónico, cuenta de redes sociales, número de teléfono, etc.), para el envío de propaganda electoral.

El derecho de oposición general (al tratamiento de nuestros datos personales) debe ejercerse escribiendo a los partidos políticos (que deben tener un Delegado de Protección de Datos y publicar sus datos de contacto), para preguntarles qué datos tienen sobre nosotros y de dónde los han sacado, para pedir que los borren y para oponerse a que los vuelvan a tratar en el futuro. El derecho de oposición específico a que nos envíen propaganda electoral) se puede ejercer, como en las comunicaciones comerciales por vía electrónica, haciendo 'clic' en la 'coletilla' que obligatoriamente deben incluir todos los correos y mensajes (tanto la publicidad comercial como la propaganda política): "Si no quiere recibir más correos o mensajes, o si quiere darse de baja, haga 'clic' aquí". Más problemas plantea poder ejercer el derecho de oposición a "la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes", porque no se refiere a mensajes privados, sino a 'mensajes patrocinados' que aparecen en tu 'muro' de Facebook o tu 'Time Line' de Twitter. En el mundo físico serían como las vallas publicitarias o los carteles que se cuelgan en las farolas de las calles.

Por otro lado, en 2018, se modificó la Ley Electoral para que los ciudadanos pudieran solicitar no recibir propaganda electoral:

En 2018 se llevó a cabo una modificación de la Ley Electoral que permite a los ciudadanos solicitar no recibir la propaganda electoral en sus buzones. Para ello, el ciudadano que quiera prescindir de propaganda electoral sólo tendrá que entrar en la web del INE y rellenar el formulario de solicitud de exclusión en las copias del censo electoral que se entregan a los representantes de las candidaturas para realizar los envíos postales de propaganda electoral⁹.

⁹ Editorial disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2019/09/19/5d832daafddffda148b465e.html>

Consultado el 27-11-2019.

3.5. Doctrina.

La reflexión sobre hasta qué punto resultan legales estas guías para la captación del sufragio electoral constituye, pues, el punto fundamental del presente trabajo. El hecho de utilizar las nuevas vías a las que aquí se aluden supone, como indica García Mahamut¹⁰ (2015: 310), lo siguiente:

No solo ha producido en España un genuino vuelco sobre el modo de hacer campaña electoral a través de una estrategia de comunicación política más personalizada, aunque de rasgos masivos, sino que el uso de estas nuevas tecnologías por quienes concurren a las elecciones también plantea numerosos interrogantes en torno al respeto de los principios constitucionales y legales que deben garantizar la competición electoral —principio de objetividad, principio de neutralidad política, principio de transparencia o principio de igualdad de armas— y su adecuado control. Además, se plantea una inédita problemática: la captación y tratamiento ilegítimo de los datos personales de los electores y el uso indebido que de los mismos se puede realizar en un ámbito de marcada confrontación política como son unas elecciones (p. 310)

De este modo, queda servido el debate sobre la vulneración sobre el derecho a la protección de datos.

3.6. Recurso del Defensor del Pueblo.

Francisco Fernández Marugán, Defensor del Pueblo, presentó un Recurso de Inconstitucionalidad ante del Tribunal Constitucional, alegando la contrariedad a la Ley del Artículo 58 bis. Dicho recurso fue admitido a trámite el día 12 de Marzo del 2019.

¹⁰ García Mahamut, R. 2015. Teoría y Realidad Constitucional, núm. 35, 2015, pp. 309-338. Disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional-2015-35-7070/Garcia_Mahamut.pdf. Consultado el 25-11-2019.

Este Recurso fue presentado tras la solicitud de diferentes personas y organismos, entre los que se encuentran Borja Adsuara (citado anteriormente) o la Asociación de Internautas (AI).

El citado Recurso consta de ocho apartados en los cuales se expone la presunta inconstitucionalidad del citado precepto legal por lesionar diversos preceptos constitucionales.

El apartado primero realiza una descripción de la integración que llevan a cabo los sujetos en la sociedad actual. Una sociedad digitalizada que comparte de forma continuada determinado tipo de información accesible en las redes sociales. Este apartado hace referencia, además, al *microtargeting* y a lo ocurrido con Cambridge Analítica, citado anteriormente.

El apartado segundo expone una parte del Artículo 58.bis de forma literal: ``La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas, que lleven a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales, se encontrará amparada en el interés público, únicamente cuando se ofrezcan las garantías adecuadas``. Tras esto, alega la ausencia de concreción sobre las garantías expuestas, ni los criterios para su establecimiento, ni aquella norma que las contiene, ni órgano que las establezca y controle.

Según Fernández Marugán en el Recurso, la falta de conocimiento sobre las garantías, provoca una situación de Inseguridad Jurídica, la cual vulnera tres Artículos de la CE:

-Artículo 9.3 CE: La Constitución garantiza el Principio de Legalidad, Seguridad Jurídica, Responsabilidad y la Interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos.

-Artículo 16 CE: Se garantiza la Libertad Ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades, sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

-Artículo 23.1 CE: Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por Sufragio Universal.

El apartado tercero del Recurso toma como referencia la Sentencia 292/2000 (ver anexos). Dicha sentencia indica en qué consiste el contenido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, estableciendo como parte nuclear del mismo, un poder de disposición y de control sobre esta información. Esto quiere decir que la persona titular de los derechos es la que debe, en su caso, consentir en su eventual utilización.

Posteriormente, hace alusión a la importancia extraordinaria que tienen los datos que revelan opiniones políticas, y a la protección que recae sobre ellos con la finalidad de que no sean utilizados como mercadeo electoral.

Seguidamente, el Defensor del Pueblo menciona los Tratados internacionales, afirmando que no son canon de constitucionalidad, pero sí pueden ser utilizados como criterios de interpretación de los derechos recogidos en la CE. En efecto, el artículo 10.2 CE dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad a la Declaración Universal de Derechos Humanos, y, los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España”. A continuación se hace referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos, y especialmente a la Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde se incide en las limitaciones al Derecho. Unas limitaciones que deben tener previsión legal, es decir, que se encuentren en una Norma con rango de Ley Orgánica, al ser este un Derecho Fundamental, y que, además, resulten básicas en la sociedad democrática. De hecho, resalta la importancia de establecer las consecuencias para los ciudadanos del establecimiento de dicha Norma.

Seguidamente, encontramos referenciado el Reglamento Europeo 2016/679/UE, de 27 de abril de Protección de Datos (RGPD), en cuyo Artículo 9.1 se regula el tratamiento de categorías especiales de datos de carácter personal, estableciendo una prohibición sobre el tratamiento de datos entre los cuales se encuentren las opiniones políticas y afiliaciones sindicales.

Aquí se introduce el criterio a la proporcionalidad al objetivo perseguido, cuando se trata de autorizaciones basadas en el interés público, de conformidad con el apartado g. del punto 2 del Artículo 9.

A mi juicio personal, el problema de lo anteriormente expuesto, recae en la determinación de cuáles son las razones de un interés público esencial, ya que resulta bastante difícil la determinación de la proporcionalidad del objetivo perseguido, sin tener, previamente, conocimiento preciso de esas razones: el interés público esencial en el Derecho administrativo será un concepto jurídico indeterminado, es decir, no existen unos perfiles determinados y concretos, pero de forma clara, se alude a ello.

Seguidamente, encontramos alusión al apartado a. del citado Artículo, el cual indica la no aplicación de las circunstancias siguientes: se pues del conocimiento expreso sobre el tratamiento de dichos datos de carácter personal con la excepción de que la normativa de la UE, determine que la prohibición genérica no puede ser levantada por el o los interesados.

El apartado cuarto del recurso de inconstitucionalidad comienza con una mención expresa del punto 1 del Artículo 58 bis, afirmando que la recopilación de datos personales referentes a opiniones políticas, está amparada en el tratamiento, basado genéricamente en el interés público, a diferencia, de un interés público esencial, exigido por la Norma Europea. Todo ello con la finalidad de favorecer en el marco de las actividades electorales de los partidos de carácter político.

A continuación, el citado recurso, invoca el Considerando 56 del Reglamento¹¹, el cual hace referencia a la autorización del tratamiento de datos por razones que susciten un interés público, siempre y cuando se ofrezcan las garantías adecuadas.

¹¹ “El tratamiento de categorías especiales de datos personales, sin el consentimiento del interesado, puede ser necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública. Ese tratamiento debe estar sujeto a medidas adecuadas y específicas a fin de proteger los derechos y libertades de las personas físicas. En ese contexto, «salud pública» debe interpretarse en la definición del Reglamento (CE) n.º 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo (1), es decir, todos los elementos relacionados con la salud, concretamente el estado de salud, con inclusión de la morbilidad y la discapacidad, los determinantes que influyen en dicho estado de salud, las necesidades de asistencia sanitaria, los recursos asignados a la asistencia sanitaria, la puesta a disposición de asistencia sanitaria y el acceso universal a ella, así como los gastos y la financiación de la asistencia sanitaria, y las causas de mortalidad. Este tratamiento de datos relativos a la salud por razones de interés público no debe dar lugar a que terceros como empresarios, compañías de seguros o entidades bancarias, traten los datos personales con otros fines”. Disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. Consultado el 23-11-2019.

Posteriormente, el Defensor del Pueblo, critica la genérica mención al interés público, sin determinar cuál es el concreto interés público que está en juego, el cual sería el que fundamenta el tratamiento.

Esta invocación al concepto de interés público, a juicio del Defensor, sería insuficiente para realizar la intromisión en el derecho a la protección de datos de carácter personal, así mismo, critica la no determinación de las garantías adecuadas. Se puede apreciar, pues, la crítica contundente que realiza el Defensor del pueblo hacia la falta de concreción que justifica la recopilación de datos de carácter personal.

Seguidamente, encontramos alusión al fundamento jurídico 10 de la Sentencia 292/2000, donde se indica que, aun siendo los datos personales recogidos previa autorización y finalidad legítima, se vulneraría el derecho a la intimidad si no existen unas garantías adecuadas que protejan a los ciudadanos. Todo ello, fundamentado en el uso, potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, mediante el tratamiento por medio de procedimientos informáticos.

De nuevo, observamos que el Defensor del Pueblo, acude al criterio de la falta de garantías adecuadas para fundamentar la Inconstitucionalidad del Artículo 58 bis, acudiendo a sentencias anteriores dictadas por el Tribunal Constitucional Europeo.

En el último párrafo de este apartado cuarto, de nuevo, el Defensor del Pueblo, insiste de forma clara y contundente en la idea de que la simple mención al interés público y a las garantías adecuadas, sin concretar nada más, consagra una intromisión directa en el derecho a la protección de datos de carácter personal.

El apartado quinto comienza afirmando que se produce una afectación en el derecho de libertad ideológica, garantizado en el artículo 16 CE, basado en la inconcreción de la Norma en relación a las garantías que se han de establecer en la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por parte de los partidos políticos.

Todo ello viene a confirmar, una vez más, que el avance de las nuevas tecnologías de la información amenaza seriamente el derecho a la intimidad con la consecuente debilidad de unas fronteras legales bien establecidas.

En esta línea de debilidad de unas fronteras legales claramente delimitadas, el Defensor del Pueblo, alude a la inconcreción de las garantías adecuadas en la recopilación de datos, introduciendo el criterio de la afectación indeseable en la libertad ideológica que se garantiza en la CE.

Además, es importante citar la alusión que se lleva a cabo a la libertad ideológica, donde se expone que no dispone de mayor limitación en sus manifestaciones que el Orden Público, el cual ampara la Ley.

Seguidamente, se invoca la Sentencia del Tribunal Constitucional del 19/1985¹², de 13 de febrero, en el que cual se establece el contenido del derecho fundamental del Artículo 16 de la CE, comprendiendo las modalidades de libertad de conciencia, religión o creencias (fundamento jurídico segundo).

Posteriormente, de nuevo se vuelve a aludir al Art. 58.bis, concretamente a su falta de garantías adecuadas y su injerencia indebida en la libertad ideológica, llevando a cabo una crítica ya que se expone la posibilidad de que exista una finalidad distinta en la expresión o manifestación de las opiniones de tipo político, con la consecuencia de falta de previsión de actos derivados del tratamiento.

A continuación, se hace referencia a la Enmienda 331¹³. En la misma se establece, que deberá realizarse una evaluación previa en el impacto que se produzca en la Protección de Datos Personales, todo ello, como consecuencia de la difusión de propaganda electoral en las redes sociales.

¹² *Empecemos por decir que el derecho fundamental recogido en el art. 16 de la Constitución comprende, junto a las modalidades de la libertad de conciencia y la de pensamiento, íntimas y también exteriorizadas, una libertad de acción respecto de las cuales el art. 16.2 establece un acotamiento negativo en cuanto dispone que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su conciencia, religión o creencias».* Punto 2 de Fundamentos Jurídicos de la Sentencia Tribunal Constitucional del 19/1985 del 13 de febrero. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/eu/Resolucion/Show/399>. Consultada el 23-11-2019

¹³ *Adecuar el reglamento a las especificidades nacionales y establecer salvaguardas para impedir casos como el que vincula a Cambridge Analytica con el uso ilícito de datos de 50 millones de usuarios de Facebook para mercadotecnia electoral."*

Finalizando este apartado, afirma el Defensor del Pueblo que el art. 58.bis es contrario al Art. 16 de la CE. La Sentencia¹⁴ indicara lo siguiente con respecto al recurso impuesto por el Defensor del Pueblo:

El precepto en ningún caso vulnera la libertad ideológica (art. 16 CE), puesto que no se obliga a ciudadano alguno a manifestar su opinión política conforme al FJ 12 de la STC 20/1990, y en ningún caso el tratamiento de las opiniones políticas expresadas se podrá utilizar para un fin distinto del que motivó su expresión o manifestación. (p. 11)

En el apartado sexto del recurso de inconstitucionalidad se establece que en el Art. 58.bis, se puede ver comprometida la libertad ideológica, así como el derecho a la participación política, entendiéndose que tanto las modernas técnicas de análisis de conducta como el tratamiento masivo de datos y la inteligencia artificial, crean un entorno de carácter tecnológico capaz de incidir en la voluntad de los electores sin que estos tengan conciencia de ello, por tanto, una vulneración de esta Libertad Ideológica.

A continuación, el recurso establece que el Tribunal Constitucional tiene declarado que solamente en casos extremos se podrá admitir que un mensaje tenga la suficiente capacidad para llevar a cabo modificación en la voluntad de los ciudadanos en cuanto a su intención de voto, dada la existencia de medios legales para garantizar la libertad de sufragio (Sentencia STC 136/1999, de 20 de Julio, fundamento jurídico 16.)¹⁵ :

Ciertamente sería no sólo improcedente sino también vano intentar definir aquí, de forma abstracta y apriorística, qué mensajes o qué

¹⁴ SENTENCIA: *En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1405-2019 interpuesto por el Defensor del Pueblo contra el apartado 1 del art. 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, 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. Ha comparecido y formulado alegaciones el abogado del Estado. Ha sido ponente el magistrado don Cándido Conde-Pumpido* Tourón. Disponible en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2019_076/2019-1405STC.pdf Consultado el 24-11-2019

¹⁵ Sentencia disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3878>. Consultada el 24-11-2019

comunicaciones tienen carácter amenazante o intimidatorio, en el sentido de ser capaces de torcer la voluntad política e incluso el sentido del voto, y cuáles no. Esta es una cuestión que deberá perfilarse caso a caso, atendiendo a diversas circunstancias -como la credibilidad y la gravedad de las amenazas- y admitiendo de entrada la dificultad de medir la capacidad real de influencia de un mensaje sobre la voluntad de sus destinatarios y la consiguiente dificultad de trazar la forzosamente lábil línea divisoria entre los mensajes amenazantes y los que no lo son.

Esta primera constatación debe llevar a extremar las cautelas para evitar que al amparo de esta circunstancia los poderes públicos intenten acotar los mensajes que pueden presentarse a los ciudadanos, especialmente durante los procesos electorales, ya que es a éstos a quienes corresponde el poder jurídico de decidir cuáles son los mensajes que quieren recibir y qué valor quieren dar a cada uno de ellos, sin tutelas de ningún género. En rigor, en el ámbito de los procesos electorales, sólo en casos muy extremos cabrá admitir la posibilidad de que un mensaje tenga capacidad suficiente para forzar o desviar la voluntad de los electores, dado el carácter íntimo de la decisión del voto y los medios legales existentes para garantizar la libertad del sufragio. En las campañas electorales es frecuente que los partidos y coaliciones pronostiquen todo tipo de peligros y calamidades que necesariamente habrán de seguirse del triunfo de las opciones contrarias, sin que ello pueda considerarse intimidatorio o amenazante.

Con todo, aun teniendo muy presentes estas cautelas, no puede negarse la posibilidad de que existan mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque anuden, explícita o implícitamente, pero de modo creíble, la producción de algún mal grave o la realización o no realización de determinada conducta por parte del destinatario. Este tipo de mensajes no queda amparado por las libertades de expresión o de información.

Esto no obstante, debe admitirse que no toda difusión de un mensaje intimidatorio queda excluida del ámbito de las libertades de expresión e información. Así, por ejemplo, como advierten los recurrentes, en ese ámbito podrá incluirse la comunicación de esos mensajes por parte de terceros mediante lo que doctrinalmente se ha calificado como reportaje neutral. Así, en la ya citada STC 159/1986 se otorgó el amparo al director del diario Egin que había publicado unos comunicados apologéticos del terrorismo, con el argumento de que el referido periódico se había limitado a "la mera reproducción de los comunicados (de ETA-militar) no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista

asume el contenido apologético de los mismos" (carácter apologético que, por otra parte, nadie discutió en el proceso). En esta Sentencia se declara que "no cabe duda que la erradicación de la violencia terrorista encierra un interés político y social de la máxima importancia, pero ello no autoriza, sin embargo, a alterar la esencia de un Estado democrático, el cual, para su existencia y desarrollo, presupone el sometimiento de las cuestiones relevantes para la vida colectiva a la crítica o aprobación de una opinión pública libremente constituida. En este sentido cabe afirmar que la lucha antiterrorista y la libertad de información no responden a intereses contrapuestos sino complementarios, orientados al aseguramiento del Estado democrático de Derecho" (fundamento jurídico 7º).

Así, pues, antes de examinar si los mensajes que los recurrentes pretendían difundir tenían un contenido intimidatorio o coactivo, convendrá dilucidar si es cierto que en esos mensajes los demandantes de amparo se limitaban a reproducir, a modo de reportaje neutral, "lo que otros decían". De ser así, esas actividades hubieran podido encuadrarse con mayor holgura en el ámbito de la libertad de comunicación de información veraz y, con ello, resultaría innecesaria la indagación acerca del contenido coercitivo de los mensajes que se pretendían emitir.

Finaliza incidiendo en el Art. 58.bis 1 de la LOREG, en cuanto a los límites precisos en que los partidos políticos pueden recopilar datos relativos a opiniones políticas y la afectación negativa para la libertad del uso que se le pueda dar a esa recopilación.

El apartado séptimo del recurso de inconstitucionalidad recuerda que la Sentencia STC 136/2011, de 13 de septiembre, en su fundamento noveno, alude al Principio de Seguridad Jurídica, como la expectativa de los ciudadanos, donde el poder lleve a cabo la aplicación del Derecho¹⁶. En diversas resoluciones, como la STC 46/1990 de 15 de marzo¹⁷, fundamento cuarto, se explica que si un precepto genera confusión sobre la conducta que ha de llevarse a cabo para aplicarla, vulnera el principio de seguridad jurídica:

¹⁶ Ver la STC 36/1991, de 14 de febrero, Fundamento Jurídico Quinto.

¹⁷ Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1471>

Finalmente ha infringido también el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) al generar una situación de incertidumbre jurídica en todo lo referente a la legislación de aguas aplicable en el territorio insular. La exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo.

Seguidamente, en este apartado, se cuestiona si el operador jurídico determina a quién pertenece el derecho a recopilar los datos, si es en exclusiva a los partidos políticos o si hay algún organismo más que puede llevarlo a cabo. Por otro lado, hay que tener en cuenta la posibilidad transferencia de dichos datos a un tercero.

Finaliza el apartado citando la STC 150/1990 en su fundamento Jurídico octavo, en el que se establece que una norma singular, no es un elemento aislado, sino que se encuentra integrada en el Ordenamiento Jurídico Vigente.

Por último, el Defensor del Pueblo, entiende, que el contexto tecnológico actual produce ciertos riesgos evidentes que el tratamiento masivo de la información. Todo ello supone un riesgo para la libertad de las personas a tener su ideología, su intimidad y su derecho a participar en política, solicitándose, en consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 58.bis.1 de la LOREG, por infringir el principio de Seguridad Jurídica, el cual está garantizado en el Art. 9.3 de la CE.

En este sentido, el recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo finaliza con las siguientes palabras:

SUPLICO al Tribunal Constitucional que, teniendo por presentado este escrito en tiempo y forma, se sirva admitirlo y tener por

interpuesta demanda de recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 58 bis.1 de la Ley Orgánica 5/ 1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, incorporado a esta por la disposición final tercera punto dos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, por considerar que a través del mismo se vulneran los artículos 9.3, 16, 18.4, 23.1 y 53.1 de la Constitución, y que tras los trámites procesales oportunos acuerde dictar sentencia en la que se declare la inconstitucionalidad de dicho precepto (p.15).

4. Sentencia del Tribunal Constitucional.

El día 25 de junio de 2019, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE), la Sentencia del Tribunal Constitucional en relación al Recurso del Defensor del Pueblo anteriormente citado.

En la sentencia encontramos, primeramente, un análisis de los antecedentes que le llevaron a interponer el recurso ante el Tribunal Constitucional, llevando a cabo un resumen de los distintos argumentos expuestos en el anterior apartado, argumentando las razones que llevaron al Defensor a apelar al Tribunal Constitucional.

Posteriormente, se centra en la fundamentación jurídica de la Sentencia, exponiendo ideas relevantes, primeramente, definiendo qué es aquello que crea la controversia, distinguiendo diferentes apreciaciones entre el Abogado del Estado y el Defensor del Pueblo, creyendo el primero que el núcleo es la violación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), mientras que para el Defensor del Pueblo es la vulneración del art. 18.4 CE, en conexión con el 53.1 CE.

De este modo, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia del 22 de mayo de 2019, prohíbe que los partidos políticos recaben datos referentes a opiniones políticas sin previo consentimiento de los afectados, siendo estimado el recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 58 bis de la LOREG, presentado por el Defensor del pueblo. El artículo 1 de dicho artículo fue declarado inconstitucional. En el citado recurso, el Defensor concluye lo siguiente:

“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”

En dicha demanda, se alega que la disposición legal recurrida es inconstitucional, debido

a:

1. No se ha determinado la finalidad del tratamiento, más allá del concepto de “interés público”.
2. No se ha limitado dicho tratamiento mediante restricciones que protejan los derechos fundamentales, por ejemplo, exponiendo cuáles son aquellas fuentes de las que se pueden extraer los datos de carácter personal y las operaciones que se pueden llevar a cabo con estos datos.
3. No se han establecido las garantías adecuadas con la finalidad de proteger los derechos fundamentales afectados por esta disposición legal. Debido a esto, el precepto vulneraría tanto el Art 18.4 CE como el 53.1 CE, ya que infringe tanto la reserva de Ley, como el contenido esencial del derecho fundamental.

Por otra parte, el Abogado del Estado, alega que la finalidad del tratamiento es el mejor funcionamiento del sistema democrático, y las garantías adecuadas vienen unidas a la literalidad del precepto, o establecidas en el Reglamento UE de la Ley Orgánica 3/2018 y en la Circular 1/2019 del 7 de marzo de la Agencia Española de Protección de Datos.

A mi juicio, resulta difícil entender la incidencia de la finalidad del tratamiento para mejorar el funcionamiento de la Democracia que se deriva del precepto, según el Abogado del Estado, ya que no se alude a cómo se mejora, ni cómo es la interpretación que hay que llevar a cabo del precepto para extraer las garantías adecuadas del mismo. En otros términos, la norma impugnada no recoge las garantías adecuadas que delimite su aplicación.

En el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia se alude a la necesidad de acudir al régimen jurídico de los datos personales que gozan de una protección suplementaria, por recaer sobre opiniones relacionadas con la ideología política.

En referencia al fundamento jurídico punto, no se discute cuál es el derecho fundamental vulnerado, que es el de la protección de datos de carácter personal, pero sí se traen a colación los fundamentos jurídicos quinto, sexto, séptimo y noveno de la STC 293/2000, relacionados con el citado derecho fundamental.

Como se ha indicado anteriormente, dicha Sentencia hace referencia el contenido esencial del derecho fundamental a la protección de datos, así como el poder para decidir cuáles de estos datos, pueden ser cedidos o no, a un tercero. Además, cita también la necesidad de contar con el previo consentimiento del afectado para conocer y tratar dichos datos. Todo ello unido a la referencia explícita sobre el derecho a revocación y a conocer la identidad de quien esté llevando a cabo el tratamiento.

Un aspecto muy interesante de la Sentencia, viene recogido en el apartado d. del presente fundamento, en el que se establece la idea de que el derecho fundamental puede ser restringido por una Ley, siempre y cuando exista un interés de tipo general y donde se establezcan los requisitos básicos de dicha restricción: es decir, se alega que el derecho fundamental a la protección de datos no es absoluto.

Respecto a los requisitos expuestos de forma expresa en la Ley, se destaca:

1. Se exige una finalidad legítima según lo expuesto en la CE, que permita así, la injerencia en el ámbito de los derechos y las libertades públicas, pero los derechos fundamentales y sus limitaciones deben de estar fundados en otros derechos constitucionales.
 2. Este segundo requisito, exige habilitación de tipo legal por mandato de la Constitución para poder ingerir en un Derecho, y su regulación por una Ley orgánica, y aprobada o derogada por mayoría absoluta en el Congreso.
- Además, resulta necesario comentar, el fundamento quince de la STC 292/2000, en el cual se establece que si una Ley limita algún derecho fundamental se podría

ver vulnerada la Constitución si se demuestra la falta de certeza sobre los límites que existen en su aplicación.

En el fundamento sexto, se expone los efectos intrusivos potenciales de la norma impugnada sobre los derechos fundamentales, que traen causa de la falta de garantías concretas, técnicas y organizativas que delimiten su aplicación. De hecho, dichas garantías sirven para reducir riesgos y anular los efectos adversos.

En este fundamento jurídico se subraya, además, la equivalencia entre las intromisiones directas y la inexistencia de las garantías adecuadas que, además, son exigidas, así mismo, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁸. Es lógico que así ocurra porque en el Derecho de la UE la protección de datos ha sido reconocida como un derecho fundamental específico, que está recogido en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la UE y en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Aunque con anterioridad la protección de datos de carácter personal fue regulada mediante una directiva aprobada en 1995, recientemente adoptó una nueva regulación mucho más completa e incisiva para proteger el derecho ante los rápidos avances tecnológicos. Además del relevante Reglamento aprobado en 2016, la Unión ha aprobado otra normativa específica en la materia, como es la referida al tratamiento de datos personales para fines de prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales [Directiva (UE) 2017/680].

Por otra parte, de conformidad con el artículo 8 del CEDH, el derecho de protección de una persona con respecto al tratamiento de los datos personales forma parte del derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia. También resulta de interés el Convenio 108 del Consejo de Europa, que ha sido reformado en 2018 con la adopción del Protocolo de modificación.

¹⁸ Garantías presentes en el Manual de legislación europea en materia de protección de datos. Edición de 2018. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa, 2019. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_SPA.pdf. Consultado el 25-11-2019.

La jurisprudencia europea, tanto del Tribunal de Luxemburgo como del Tribunal de Estrasburgo, impone la existencia de reglas claras y la protección real de los datos, frente a riesgos de abuso o uso ilícito.

El Tribunal Constitucional recuerda este extremo en la Sentencia que reseñamos, y señala asimismo que tales exigencias también han sido reiteradas por la Agencia Española de Protección de Datos de Carácter Personal en su relevante Circular 1/2019.

Otro aspecto importante a destacar, en relación a las garantías adecuadas reside en el hecho de que la exigencia del tratamiento de los datos sea llevado a cabo bajo condiciones judiciales efectivas, transparencia y supervisión, siempre que tengan aquellos fines por los cuales se justificó su obtención.

Así mismo, se indican los factores esenciales de los cuales dependen las garantías que se exigen, el tipo de tratamiento, la naturaleza de los datos, los riesgos y la mala utilización de la información.

Resulta, así mismo, muy interesante, la distinción de problemas de recogida para fines estadísticos, y la recogida con finalidades específicas que el Alto tribunal plantea.

Posteriormente el Tribunal alude a la necesidad de proteger y establecer cautelas adicionales si los datos que se pretenden obtener son especialmente sensibles. A partir de dicha hipótesis resulta evidente que las opiniones políticas deben de tener un plus de protección, ya que se encuentran dentro de este marco de datos sensibles.

El fundamento jurídico séptimo expone que, después de citar todo lo anterior, ya se puede emitir un juicio los tres elementos los cuales serían la impugnación central del recurso de inconstitucionalidad.

El Tribunal no comparte el parecer expresado por el Abogado del Estado, cuando afirma que los partidos políticos ya conocen las opiniones políticas de los ciudadanos cuando estos participan en los procesos electorales, y que la medida impugnada pretende mejorar el funcionamiento del sistema democrático. Creo que el tribunal tiene razón porque la opinión del Abogado del Estado, en el final del escrito, no deja de expresar, según mi criterio personal, ideas carentes de rigor y fundamentación jurídica.

La segunda causa de Inconstitucionalidad hace referencia a la condición para recopilar los datos de carácter personal, donde únicamente se podrá llevar a cabo en el marco de sus actividades personales. La realidad política nos indica que las actividades de tipo electoral, no se realizan únicamente durante el proceso electoral, sino que, estas actividades se producen, temporalmente antes de todo proceso electoral.

El fundamento jurídico octavo¹⁹ conduce, de nuevo, a la cuestión de examinar si se han previsto garantías suficientes y adecuadas frente a la recopilación de los datos personales sobre nuestra ideología política. Parece convincente la posición llevada a cabo por el Defensor del Pueblo, quien sostiene que estas garantías deben de estar previstas en la Ley habilitante, no siendo en este punto convincente la defensa del Abogado del Estado, quien alega que tales garantías adecuadas son deducibles de la mera literalidad del precepto, de las normas reguladoras de Protección de Datos, de Reglamento de la UE y de la Ley Orgánica 2016/679.²⁰

El tercer aspecto de la impugnación central, sobre el que versa la mayor parte de las alegaciones de las partes, gira en torno a la cuestión de si la norma impugnada ha previsto garantías adecuadas frente a la recopilación de datos personales que autoriza. El Defensor del Pueblo sostiene que no es el caso, argumentando que la propia ley habilitante debe prever tales garantías adecuadas, mientras que el abogado del Estado defiende lo contrario y sostiene que tales garantías adecuadas se deducen por una triple vía: la literalidad del precepto impugnado, el sentido de la enmienda de adición de la que trae causa el precepto impugnado, así como las dos normas que regulan la protección de datos personales en España, el Reglamento (UE) 2016/679 y la Ley Orgánica 3/2018.(p.29)

Parece que el momento más adecuado para establecer los criterios para interpretar una norma, se encuentran en el Código Civil, concretamente en su artículo tercero, en el cual

¹⁹ Octavo punto de la Sentencia sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del pueblo. Sentencia disponible en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2019_076/2019-1405STC.pdf

Consultada el 22-11-2019

²⁰ El recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo lo encontramos en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/03/Demanda_Recurso_2019.pdf.

Consultado el 25-11-2019

se establece que ``las normas se interpretarán según el sentido literal de las palabras, la realidad social del tiempo, así como el espíritu y la finalidad de las mismas``.

Respecto al ``sentido literal de las palabras``, normalmente, acudimos al diccionario de la Real Academia de la Lengua, y esto es por deducir la literalidad. El alegato que mantiene que las garantías adecuadas se deducen del precepto impugnado, parece, que es una interpretación, al menos, forzada.

La afirmación anterior, se encuentra, constatada, en el párrafo siguiente, en el que se exponen tres interpretaciones posibles. En la primera, se alega que en el precepto no se contiene ni específica, ninguna garantía. Se limita, sin más precisión, a que deben de ser ofrecidas. No parece coherente entonces, que, posteriormente, se haga referencia a que estas garantías adecuadas, deban de ser establecidas e identificadas por la Agencia Española de Protección de Datos de Carácter Personal, cuando deberían de haber sido determinadas por el propio legislador en la Ley.

En este estado del comentario a la Sentencia, en el cual nos encontramos, es aconsejable, una crítica al Considerando 56 de. Reglamento de la UE 2016/679. En efecto, es conveniente hacer notar que, con independencia de que las garantías adecuadas, no sean determinadas, definidas, aludidas o concretadas, afirmar que el funcionamiento de la democracia, puede exigir, que, en el marco de una actividad de tipo electoral, un partido político pueda recopilar, datos personales sobre las opiniones políticas de los ciudadanos, y autorizar, dicho tratamiento, alegando al interés público, no sólo no resulta muy insuficiente, sino que además, es importante destacar que una democracia funciona independientemente de que los partidos políticos conozcan las opiniones de los ciudadanos en su intención de voto, en base a un interés público sin especificar.

Resulta conveniente insistir en que se alude a un interés público indeterminado. La Sentencia del Tribunal Constitucional 180/96 de 12 de noviembre, nos indica que, dicho concepto, ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso, aplicándose a sus circunstancias específicas, mediante la aplicación de los factores objetivos y subjetivos congruentes, y una concreta explicación en cada situación.

Todo concepto jurídico indeterminado permite únicamente una solución que sea justa, por lo que cabe plantearse aquí, cuáles son los límites a precisar en el interés público, y, con ello, aplicarlos a un supuesto concreto.

En los últimos párrafos de esa Sentencia, en la cual se declara Inconstitucional el Artículo 58 bis, resulta especialmente convincente la afirmación de que el establecimiento de las garantías adecuadas en una norma de rango inferior a la Ley debe de ser declarada tanto nula como inconstitucional. Así mismo, cabe afirmar que a una Autoridad Administrativa Independiente, como es la AEPD, se le pueda encomendar la interpretación, y posterior aplicación de normas reguladoras de protección de datos. También habría que afirmar, que, en la actualidad normativa de tipo administrativo, no encontramos el término “circular”, sino que únicamente hace referencia a instituciones y órdenes profesionales de servicio.

Finalmente, en el último párrafo, se expone, que la declaración de Inconstitucionalidad, y por lo tanto, nulidad, se basa en que, la falta de concreción de las garantías adecuadas, constituye una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal de similar gravedad, que causaría una intromisión indirecta en su contenido nuclear.

Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia, declarar contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del art. 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, 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 (p.35).

5. Conclusiones:

En el presente trabajo se ha procedido a un estudio y reflexión sobre el artículo 58. Bis y el consecuente debate parlamentario que trajo consigo dicho artículo. Para ello, se ha llevado a cabo una reflexión sobre el contenido y forma de dicho artículo, así como al análisis de la participación de los distintos partidos políticos en el debate parlamentario que se produce, a posteriori, del artículo 58 bis.

En una sociedad en la que el uso de las nuevas tecnologías ponen en riesgo la difusión de los datos personales, resulta obvio que tanto el artículo 58 bis como el consecuente debate parlamentario tuviesen sus correspondientes reacciones en el Parlamento Europeo, así como en la Agencia Española de Protección de Datos.

Del mismo modo, se ha procedido también a un análisis sobre las declaraciones al respecto realizadas por la Fundación para la Defensa de la Privacidad y los Derechos Digitales. Las reacciones políticas no se hicieron esperar ni tampoco el Recurso llevado a cabo por el Defensor del Pueblo.

Finalmente, tuvo que ser el Tribunal Constitucional quien arrojó luz explícita jurídica al controvertido tema, a través de una Sentencia expuesta y analizada, también, en este TFG.

En cualquier caso, ante este panorama, resulta crucial educar a las nuevas generaciones en un uso adecuado de sus datos personales en la red, pues queda más que demostrado que, a pesar de la existencia de una legislación que nos proteja en lo que a datos personales respecta, los intereses políticos siempre harán vulnerables la exposición de los mismos en la red.

6. Bibliografía.

Estudios doctrinales

- Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Consejo de Europa: Garantías presentes en el Manual de legislación europea en materia de protección de datos. Edición de 2018. Luxemburgo, 2019, 445 pp. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_SPA.pdf. Consultado el 25-11-2019.
- García Mahamut, Rosario: “Partidos políticos y derecho a la protección de datos en campaña electoral: tensiones y conflictos en el ordenamiento español”. *Teoría y Realidad Constitucional* 35 (2015), pp. 309-338. Disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:TeoriayRealidadConstitucional-2015-35-7070/Garcia_Mahamut.pdf. Consultado el 25-11-2019.
- González-Quijano, Yves: “Las revueltas árabes en tiempos de transición digital Mitos y realidades”. *Revista Nueva Sociedad* Nº 235, septiembre-octubre de 2011, ISSN: 0251-3552
- Martínez, Ricard: “El artículo 58 bis ¿Cambridge Analytica?” Disponible en Martínez, Ricard: *LOPD y Seguridad*. 2018, disponible en <http://lopyseguridad.es/el-articulo-58-bis-cambridge-analytica/>. Consultado el 22-11-2019.
- Pascua Mateo, Fabio “Un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político”. *Revista de las Cortes Generales* 106 (2019), pp. 549-558. Disponible en <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/1411/1408>. Consultado el 22-11-2019.

Recurso y otros documentos

- Defensor del Pueblo: Recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 58 bis.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, incorporado a esta por la disposición final tercera, punto, dos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Disponible en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/03/Demanda_Recurso_2019.pdf. Consultado el 25-11-2019.

- García Herrero, J. (2019) Documento de reclamación por infracción de la legislación de la UE. Disponible en https://secuoyagroup.com/wp-content/uploads/2019/04/20190408-complaint-form_ES-def-2.pdf. Consultado el 13-11-2019.

- Unión Europea: Reglamento (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). DOUE L 119, de 4 de mayo de 2016, pp. 1 ss. Disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. Consultado el 23-11-2019.

Jurisprudencia

- STC (Sala Segunda) 19/1985, de 13 de febrero (BOE núm. 55, de 05 de marzo de 1985). Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/399>. Consultado el 22/11/2019.

- STC (Sala Primera) 20/1990, de 15 de febrero (BOE núm. 52, de 01 de marzo de 1990). Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1445>. Consultado el 22/11/2019.

- STC (Pleno) 46/1990, de 15 de marzo (BOE núm. 85, de 09 de abril de 1990). Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1471>. Consultado el 22/11/2019.

- STC (Pleno) 36/1991, de 14 de febrero (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991). Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1675>. Consultado el 22/11/2019.

- STC (Pleno) 76/2019, de 25 de junio (BOE núm. 151, de 25 de junio de 2019). Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25942>. Consultado el 22/11/2019.

Artículos periodísticos y entrevistas

- Adsuara, Borja: “Por una ‘Lista Robinson’ de propaganda electoral”. En *La Información* de 29-11-2018. Disponible en <https://www.lainformacion.com/opinion/borja-adsuara/por-una-lista-robinson-de-propaganda-electoral/6445961/>. Consultado el 13-11-2019.
- Rallo, Artemi: “Entrevista”, publicada en *El Diario.es* el 27-11-2018. Disponible en https://www.eldiario.es/tecnologia/Entrevista-Artemi-Rallo_0_840266917.html. Consultado el 22-11-2019.
- El mundo: “¿Qué hay que hacer para no recibir propaganda electoral?”. En *El Mundo* (ed. Madrid) de 25-09-2019. Disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2019/09/19/5d832daafdddfda148b465e.html>. Consultado el 27-11-2019.
- Pozzi, Sandro: “Facebook pagará en EE UU una multa de 5.000 millones y deberá mejorar sus sistemas de protección de datos”. En *El País* de 24-07-2019. Disponible en https://elpais.com/economia/2019/07/24/actualidad/1563983967_275285.html. Consultado el 27-11-2019.
- Sánchez, Juan Luis: “El Parlamento Europeo, alarmado por la ley española del spam electoral: ‘No encaja en el Reglamento de Protección de Datos’”. En *El Diario.es* de 22-11-2018. Disponible en https://www.eldiario.es/tecnologia/Parlamento-Europeo-alarmado-electoral-reglamento_0_838516945.html. Consultado el 12-11-2019.

7. Anexos.

7.1. 7.1. El Artículo 18.4 de la Constitución Española²¹.

7.1.1. Antecedentes del Artículo.

Para llevar a cabo un análisis efectivo, del Artículo, es necesario exponer la situación ambiental, así como el contexto histórico en el cual comenzó la inquietud por aplicar jurisprudencia a los medios tecnológicos.

A principios de los años setenta, los juristas del Estado Español comenzaron a plantearse la importancia de vincular los aparatos electrónicos con el derecho. Anteriormente, en los años sesenta, esos juristas ya habían sido avisados de la necesidad de incorporar jurisprudencia a los medios digitales, acorde con los avances en este ámbito que se habían llevado a cabo en otras zonas tanto europeas como norteamericanas.

Los inicios de esta vinculación en España, fueron llevadas a cabo desde el Ministerio de Justicia, el Tribunal Supremo y asociaciones, FUNDESCO, quienes fueron pioneros en dotar a la informática de una legislación, que, cada vez era más necesaria por la evolución continua que sufría y sigue sufriendo la tecnología.

Cabe destacar, entonces, que las principales las cuales propiciaron la necesidad de dotar a la informática de una normativa en nuestro país, fueron de diversa índole. Principalmente, la inclusión de los medios informáticos y tecnológicos en la industria española, así como el relejo de otros países, como se ha citado anteriormente, los cuales ya se encontraban desarrollando los principios del derecho informático. En 1971, López Muñiz, alegó la necesidad de España de desarrollarse en este ámbito, y por ello, pidió la colaboración de todos los sectores jurídicos, todo ello con la finalidad de seguir el hilo al desarrollo extranjero y no quedarse descolgado de aquellos avances llevados a cabo por otros países en materia de derecho cibernético.

Como antecedentes normativos al Artículo, se deben de mencionar:

²¹ Disponible en <https://app.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=18&tipo=2>

1. El 18 de febrero de 1970, el Ministerio de Justicia emitió una Orden en la cual convocaba unas ``Jornadas de estudio sobre perfeccionamiento y modernización de los medios y métodos de la justicia.`` Alegaba, la importancia del uso auxiliar de la informática en temas judiciales, principalmente en el uso del Télex Judicial.
2. El mismo órgano anterior, desarrolló en abril de 1970, una norma en la cual se controlaba el uso del citado Télex.
3. En septiembre del mismo año, se desarrolló un Decreto de la Presidencia del Gobierno, por el cual se creó una Comisión interministerial de informática, así como un Servicio Central Informático, los cuales pretendían supervisar las programaciones informáticas llevadas a cabo en los diferentes ministerios. Esta Comisión tiene especial relevancia en el presente estudio, ya que, expuso, por primera vez, un concepto legal de informática, como ``Conjunto de técnicas y métodos necesarios para la utilización de los equipos de procesos de datos.`` así como, conceptuó además, la labor de los equipos de procesamiento de datos, como ``Máquinas y dispositivos capaces de aceptar o crear soportes de información o de transmitir ésta a otras unidades.``
4. En septiembre del 1978, poco antes de la aprobación de la CE, se creó una Comisión interministerial para la elaboración del Plan Informático Nacional, a quienes se asignaba la ardua tarea de analizar la situación de los sectores de la informática, producción, adquisición, utilización y mantenimiento de maquinaria y programas informáticos, aludiendo, y por lo tanto otorgando importancia y relevancia, a la transmisión de datos, así como, el desarrollo que comenzó a sufrir la información, y su relación con la informática.

7.1.2. El Artículo 18 de la CE.

La Constitución Española de 1978, es una de las primeras en introducir legislación en este aspecto, y es, que, cuando se redactó, ya había conciencia de los peligros que atañen al mal uso de la informática, y es por ello, la necesidad de inclusión de este punto cuarto, dentro del Artículo 18, el cual tiene un contenido múltiple, todo él centrado en la protección de diferentes derechos internacionalizados, todos ellos relacionados con

la intimidad de la persona.

- 18.1. Derecho a la intimidad, el honor y la propia imagen.
- 18.2. La inviolabilidad del domicilio.
- 18.3. El secreto de las comunicaciones.
- 18.4. La informática.

Es de vital importancia exponer que se establecieron una serie de Medidas de Protección a los derechos fundamentales establecidos en el Artículo 18, las cuales están expuestas en la propia CE, y cobran especial relevancia e importancia en el presente estudio:

“Cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución española, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53.2 de la Constitución Española).

1. Cualquier ciudadano puede acudir, tras el cumplimiento de los requisitos y tramitaciones establecidas para ello, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para la protección de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución (Art. 53.2 y Art.161.1.b de la Constitución Española).
2. Cabe el Recurso de Inconstitucionalidad contra las Leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que vulneren los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española (Art. 53.1 y Art. 161.1.a de la Constitución Española).
3. El Defensor del Pueblo se encuentra designado, en virtud de lo establecido en el artículo 54 de la Constitución Española, como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, encuadrándose el artículo 18 de la Constitución dentro del mencionado Título I.

4. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española, podrá regularse el ejercicio de estos derechos (Art. 53.1 de la Constitución Española).

5. El desarrollo normativo de los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española, debe realizarse mediante Ley Orgánica (art. 81.1 de la Constitución Española), que requiere un especial consenso parlamentario al exigirse, para su aprobación, modificación o derogación, mayoría absoluta del Congreso (Art. 81.2 de la Constitución Española).

6. Se prohíbe la adopción de Decretos-Leyes que afecten a los derechos recogidos en el artículo 18 de la Constitución Española (al igual que a cualquier otro derecho, deber o libertad recogida en el Título I de la Constitución), aun en los supuestos de extraordinaria y urgente necesidad en los que, para la regulación de otras materias, sí resulta procedente recurrir a los Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución Española).

7. El artículo 18 de la Constitución Española (al igual que ocurre con los demás preceptos del Capítulo II del Título I de la Constitución) vincula directamente a las Administraciones Públicas (sin necesidad de mediación del legislador ordinario ni de desarrollo normativo alguno), tal y como se desprende de la STC 80/1982.

8. Cualquier modificación de la regulación que establece la Constitución Española para los derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 de la Constitución debería canalizarse a través de la vía de reforma constitucional gravada que establece el artículo 168 de la Constitución Española y que requiere de un gran consenso social ya que exige la aprobación de la correspondiente propuesta por mayoría de dos tercios de cada cámara parlamentaria (Congreso de los Diputados y Senado), la posterior disolución de las Cortes Generales, la posterior celebración de Elecciones generales, la nueva ratificación de la

propuesta de modificación por mayoría de dos tercios de las cámaras parlamentarias formadas tras las correspondientes elecciones y, por último, la ratificación de la propuesta de modificación mediante referéndum.”

7.1.3. Evolución normativa y jurisprudencial.

El punto cuarto del Artículo 18, se centra en la regulación del uso de informática, y por ello lo analizaremos de una forma extensa ya que es de especial Relevancia en el Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo, así como en la posterior Sentencia del Tribunal Constitucional.

Este punto, dentro del Artículo 18 de la CE, tiene como tenor literal:

“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 importante analizar su evolución y las diferentes interpretaciones del mismo:

1. En las primeras interpretaciones, se relacionaba con el derecho a la intimidad, pero, posteriormente, su trato cambió hacia derecho independiente. (SSTC 254/1993, de 20 de julio y 290/2000, de 30 de noviembre). Además, se señaló la directa vinculación para los poderes públicos sin necesidad de desarrollo normativo. (STC 254/1993).
2. En la STC 94/1988, se señala la relación directa del artículo con los Derechos Fundamentales, garantizando a los usuarios la protección de datos de los mismos, así como su capacidad de oposición a su tratamiento.
3. En las Sentencias SSTC11/98 y 44 y 45/1999, se vincula directamente el Art. 18.4 con el derecho a la libertad ideológica, alegando que la violación de este Artículo puede poner en riesgo este derecho. Además se introduce el concepto de “Datos Sensibles”, el cual es entendido como: “Aquellos datos personales que revelen origen racial o étnico, opiniones políticas, religiosas, morales, afiliación sindical, información referente a la salud y vida sexual o cualquier otro dato que pueda producir por su naturaleza o su contexto, algún trato discriminatorio al titular de

los datos.”

Además, en la STC 202/1999, se alega la imposibilidad de la inclusión del afectado sin su consentimiento, así como en el acceso indebido a ficheros (STC144/1999 del 22 de julio).

4. En el año 1992, se llevó a cabo una regulación, con la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, la cual regulaba el tratamiento automatizado de los datos personales (LORTAD), que se reguló tras el Convenio del Consejo de Europa del 28 de enero de 1981, que pretendía proteger los datos de carácter personal.

Tras la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de octubre de 1995, las cuales se centraban en la protección de datos, así como la circulación de los mismos, se redactó una nueva Ley, Ley Orgánica 15/1999.

Adicionalmente, es importante que se cite el Real Decreto 1720/2007, tras la que se redactó la Ley Orgánica 15/199 de protección de datos de carácter personal, la cual pretende lograr la efectividad y control de las bases de datos, por los afectados, la modificación y supresión de ficheros, la especial protección de los datos que sean sensibles, como ideología, religión, vida sexual o salud.

7.2. Artículo 53. de la Constitución Española.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).
2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.
3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

7.3. Ley Orgánica 2016/679. Artículo 26

Los principios de la protección de datos deben aplicarse a toda la información relativa a una persona física identificada o identificable. Los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable. Para determinar si una persona física es identificable, deben tenerse en cuenta todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física. Para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos. Por lo tanto los principios de protección de datos no deben aplicarse a la información anónima, es decir información que no guarda relación con una persona física identificada o identificable, ni a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. En consecuencia, el presente Reglamento no afecta al tratamiento de dicha información anónima, inclusive con fines estadísticos o de investigación.

7.4. STC 292/2000²²

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

²² Disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4276>

Ha decidido

Estimar el presente recurso de inconstitucionalidad y, en consecuencia:

1º Declarar contrario a la Constitución y nulo el inciso "cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso o" del apartado 1 del art. 21 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

2º Declarar contrarios a la Constitución y nulos los incisos "impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas" y "o administrativas" del apartado 1 del art. 24, y todo su apartado 2, de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a treinta de noviembre de dos mil.

