MEMORIA DESCRIPTIVA

EL Tribunal Constitucional (TC) SUBRAYA QUE LA OPINIÓN POLÍTICA ES UN DATO ESPECIALMENTE PROTEGIDO, gracias al recurso que promovió la Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE).

ANTECEDENTES

En el mes de noviembre de 2017, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de una nueva Ley Orgánica de Protección de Datos para adaptar, decía, nuestra legislación a las disposiciones del Reglamento UE 2016/679, introduciendo novedades y mejoras en la regulación de este derecho fundamental. Este Reglamento Europeo (RGPD) en vigor desde el 25 de mayo de 2018, recoge como uno de sus principales objetivos, acabar con la fragmentación existente en las distintas normativas de los países comunitarios. Además, persigue la adaptación de las normas de protección de datos a la rápida evolución tecnológica y los fenómenos derivados del desarrollo de la sociedad de la información y la globalización.

La APDHE expresó en su momento su satisfacción por las mejoras reflejadas en el texto del Proyecto y se dijo que habría que esperar a que se confirmaran a lo largo de todo el debate parlamentario. Además, se entregaron a los Grupos Parlamentarios un buen número de propuestas de enmienda que fueron asumidas, en buena parte.

Pero después de su paso por el Congreso y Senado, se incorporó en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales (LOPD), una Disposición final tercera para modificar la ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), añadiendo el artículo 58 bis 1 para habilitar la previsión del Considerando 56 del RGPD que dice: '*Si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas'***.**

La APDHE manifestó su oposición a esta iniciativa adoptada puesto que se desintegraban sustancialmente algunos de los avances incorporados en la nueva LOPD, como son:

- La exclusión de la figura del *consentimiento tácito* en el tratamiento de los datos de carácter personal que se sustituye por una acción afirmativa y expresa por parte del afectado y se recoge manifiestamente el deber de confidencialidad.

- la prohibición de almacenar datos de especial protección, como **ideología**, **afiliación sindical, religión, orientación sexual, origen racial o étnico y creencias.** En estas categorías, el solo consentimiento del interesado no basta para dar viabilidad al tratamiento.

Además, la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia 292/2000 es clara en el sentido de que *el derecho a la protección de datos es un derecho esencialmente de prestación cuyo objeto son los datos que permiten identificar a una persona, y su propósito es que esa persona sepa, consienta y pueda disponer en todo momento sobre la publicidad de sus datos y el alcance que ella tenga. Por así decirlo, la privacidad protege el dato antes de ser conocido y la protección de datos lo hace una vez que se revela a un tercero*, como señala el Profesor Ignacio Villaverde.

Por estos motivos la APDHE estudió la posible inconstitucionalidad del texto y solicitó el correspondiente Dictamen (Anexo 1: Carta_a_Diego_Lopez_Garrido_Cara_1, Anexo 2: Carta_a_Diego_Lopez_Garrido_Cara_2) que aquí también se adjunta (Anexo 3: Dictamen_APDHE)

ENTREGA DEL DICTAMEN AL DEFENSOR DEL PUEBLO

Se solicitó reunión al Defensor del Pueblo y el día jueves 7 de febrero de 2019 a las 13h. se celebró dicho encuentro en la sede de dicha Institución. Participaron en la misma: Francisco Fernández Marugán (Defensor del Pueblo), Francisco Virseda (Director de Gabinete), Joaquín Trillo (Especialista en la materia), Hernán Hormazábal Malarée (Presidente de la APDHE en aquel momento), Antoni Farriols Solá (Vocal de la Junta de la APDHE en aquel momento y coordinador del grupo de trabajo de protección de datos), Diego López Garrido (autor del Dictamen como se ha indicado anteriormente). En dicha reunión la APDHE entregó el Dictamen por el que se solicita el correspondiente Recurso de Inconstitucionalidad, explicando Diego López Garrido cada uno de los puntos. La reunión fue cordial y allí mismo se detectó la buena predisposición del Defensor hacia nuestra iniciativa.

Este mismo día 7 por la tarde, entre otros puntos, se informó de lo anteriormente indicado a la Junta Directiva de la APDHE (Anexo 4: ACTA Junta Directiva 7 feb 2019)

Unos días después, el 11 de febrero, el Defensor envió a la APDHE el correspondiente acuse de recibo del escrito (Anexo 5: 1_ACUSERECIBO19013802).

Para culminar este capítulo, el Defensor comunicó la interposición del Recurso de Inconstitucionalidad. (ANEXO 6: comunicacion defensor_3_3_2019)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El día 12 de marzo de 2019 el TC informó públicamente mediante la nota informativa 29-2019 de la admisión a trámite del recurso y el día 29 de mayo mediante la nota informativa 76-2019 (ANEXO 7: NOTAS INFORMATIVAS Nums.29-2019 y 76-2019) el Tribunal Constitucional anticipó su fallo favorable a nuestra petición expresada por el Defensor, en el sentido de siguiente: **EL PLENO DEL TC DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL POR FALTA DE GARANTÍAS LEGALES QUE LOS PARTIDOS POLÍTICOS PUEDAN REUNIR DATOS RELATIVOS A OPINIONES POLÍTICAS DE LOS CIUDADANOS**.

Aproximadamente un par de días después, el TC publicó la resolución (Anexo 8: 2019-1405STC).

La APDHE celebró la decisión del TC y convocó a los medios de comunicación (Anexo 9: CONVOCATORIA RUEDA PRENSA DATOS_310519) y emitió el comunicado de prensa que puede verse en el Anexo 10: COMUNICADO LOPD LOREG junio 2019.

A MODO DE CONCLUSIÓN, LA APDHE DESEA DESTACAR LOS PUNTOS SIGUIENTES:

1. IMPORTANCIA QUE CONCEDEMOS A ESTA SENTENCIA

La importancia de la sentencia del TC viene subrayada por la rapidez y unanimidad en la resolución debido, sin duda, a la magnitud del problema originado por el poder legislativo que afectaba a la libertad ideológica de los ciudadanos. Con la resolución del TC se recupera pues lo mandatado por el art. 16 de la Constitución Española (CE)

2. RAZONES DE LA IMPORTANCIA DEL FALLO DEL TC

1. Porque hay una relación muy estrecha de la sentencia con el mandato del art. 18.4 de la Constitución: '*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 los derechos'*.
2. Porque el TC confirma lo ya apuntado en el dictamen de la APDHE, respecto a que la ley no especificaba cual era el interés público que justificara la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas. Tampoco delimitaba la ley lo que quería explicitar con lo del 'marco de las actividades electorales de los partidos'. Era pura abstracción e indeterminismo.
3. Porque el TC confirma también que la ley tampoco aclaraba cuáles eran las 'garantías adecuadas'. Cualquier regulación de los derechos fundamentales tiene que hacerse por ley.
4. Porque el TC confirma igualmente que los ciudadanos tenemos derecho a controlar nuestros datos personales. El art. 58 bis de la Ley

Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG) no exigía el consentimiento para utilizar los datos personales, con la gravedad de que se trataba nada menos que de opiniones políticas que son los que se reconoce como datos sensibles e irrenunciables.

5. Porque el TC reconoce que el art. 58 bis era 'especialmente grave' dado que en la actualidad el desarrollo tecnológico hubiera permitido a los partidos políticos, atentar contra el derecho a la protección de datos de forma masiva. Así lo destacaba el dictamen de la APDHE refiriéndose, por ejemplo, al escándalo de Facebook y Cambridge Analytica.

3. FORTALEZA DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Sin duda que la resolución del TC es un síntoma de fortaleza del sistema democrático. Pero también cabe lamentar que el legislador, alegando que pretendía evitar en España escándalos como el de Cambridge Analytica, lo que hacía es legalizar preventivamente estas actividades, para que de esta forma no pudieran considerarse 'escandalosas' y todo ello 'olvidándose' de que estamos hablando de un dato especialmente sensible como es el de la IDEOLOGÍA.

4. NO DEBEMOS BAJAR LA GUARDIA EN LO QUE RESPECTA A VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD.

La inseguridad jurídica era un problema que venía propiciado por la redacción de la LOPD y de la LOREG que, gracias a nuestra iniciativa, ha tumbado el TC. Ahora, con el claro pronunciamiento del TC, los partidos políticos ya saben, o deben saber, a lo que deben atenerse en lo que respecta a la propaganda electoral. En este sentido sí que sería importante conocer si los partidos ya tienen interiorizada la doctrina del TC.

Por otro lado, pensamos que todos los ciudadanos debemos estar especialmente vigilantes y ante cualquier sospecha de violación de derechos en materia de protección de datos la APDHE aconseja dirigirse a la AEPD. A su vez, de dicho organismo estatal esperamos un seguimiento puntual de los hechos relacionados con la propaganda electoral de los partidos, debido a los cambios legales en la LOPD y en la LOREG producidos como consecuencia de la resolución del TC. **Asimismo, toda labor de difusión de dicha resolución que pueda hacer la AEPD es muy bienvenida, por necesaria.**

Nuestra Asociación también hará el correspondiente seguimiento en la medida de nuestras posibilidades.

Añadimos que sería deseable que los propios partidos crearan en su seno los mecanismos de control necesarios para el debido cumplimiento de lo recientemente establecido por el TC.

7 de noviembre de 2019

Carlos Castresana Fernández es Fiscal del Tribunal Supremo en situación de excedencia y Presidente de la APDHE

Diego López Garrido, autor del Dictamen, es Catedrático Emérito de Derecho Constitucional y Vicepresidente Ejecutivo de la Fundación Alternativas.

Antoni Farriols Solá es informático, coordinador del Grupo de Trabajo de Protección de Datos de la APDHE y ex miembro de la Junta Directiva de la APDHE

Hernán Hormazábal Malarée es Catedrático de Derecho Penal y ex Presidente de la APDHE

RESUMEN EJECUTIVO

7 de noviembre de 2019

Título: EL TC SUBRAYA QUE LA OPINIÓN POLÍTICA ES UN DATO ESPECIALMENTE PROTEGIDO, gracias al recurso que promovió la APDHE.

Entidad: Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE)

RESUMEN:

1. **Descripción general.** En base al Considerando 56 del Reglamento de la Unión Europea 2016/679 (RGPD), la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y Garantía de los derechos digitales (LOPD), ha incorporado una Disposición final tercera para modificar la ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), añadiendo el artículo 58 bis 1 que dice: "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 garantías adecuadas".

   La Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE) manifestó su oposición a esta iniciativa y estudió la posible inconstitucionalidad del texto solicitando el correspondiente Dictamen al Catedrático Emérito de Derecho Constitucional Diego López Garrido, que concluyó en que el nuevo artículo de la LOREG es contrario a los artículos 18.4 y 16 de la Constitución Española (CE), que protegen el derecho a la protección de datos personales y de la ideología. Es también contrario al art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que es fuente interpretativa de la Constitución y del Derecho Europeo.

   A tenor de todo lo anterior, nuestra Asociación activó el correspondiente mecanismo institucional para lograr corregir estos textos legales. Dicho mecanismo incluyó, tal y como se pormenoriza en la memoria descriptiva, la presentación del dictamen al Defensor del Pueblo acompañado por la correspondiente solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad. El Defensor atendió favorablemente dicha solicitud y al cabo de unos días, el TC subrayó que la opinión política es un dato especialmente protegido y por ello anuló los preceptos correspondientes en las dos leyes como puede verse en el Anexo 11 (BOE-A-1985-11672-consolidado) y Anexo 12 (BOE-A-2018-16673-consolidado).

2. **Adecuación de la iniciativa al objeto del premio**. El objetivo de posicionar a la AEPD como un actor clave a nivel nacional en el impulso de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y promover entre los ciudadanos el conocimiento de la relación entre la protección de datos y la sostenibilidad, nos parece a la APDHE muy importante. En este sentido, la "Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se convoca el Premio de las Buenas Prácticas en Privacidad y Protección de Datos Personales sobre iniciativas para la adecuación al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y su cumplimiento" se alinea, entendemos en la APDHE, con la acción que promovimos el pasado mes de febrero como una demostración más de que la 'sociedad civil' puede intervenir con eficacia para resolver problemas que se generan en el poder legislativo en tanto, en el caso que nos ocupa, puedan atentar contra los Derechos Fundamentales. En efecto, analicemos en relación con todo ello, un concepto importante en la Protección de Datos cual es el Principio de Finalidad.

Entendemos que el Principio de Finalidad es uno de los pilares básicos en la política de protección de datos. En efecto, cuando una persona cede un dato personal, tiene que conocer con exactitud la finalidad de dicha cesión. Igualmente, la persona tiene que ser consciente de que sigue siendo dueña de dicho dato y de que, por lo tanto, tiene que autorizar explícitamente, en su caso, cualquier posible tratamiento posterior.

Dicho Principio está amparado tanto por el RGPD como por la LOPD, con independencia de la jurisprudencia del TC que refuerza todavía más este precepto.

En este sentido y en tanto el TC no resolviera el Recurso planteado, la APDHE se permitió aconsejar prudencia en lo que se refiere a manifestar nuestras opiniones políticas en internet y en redes sociales.

En efecto, si aceptamos que la finalidad de una red social tendría que ser el que las personas pudieran comunicarse más ágilmente e intercambiar opiniones, incluyendo las de carácter político, cualquier usuario de estas plataformas tendría que poder confiar en ello y en que, por lo tanto, los datos y opiniones que volcara en aquella no iban a poder ser usadas sin su consentimiento explícito para una finalidad distinta.

Después de la reforma de la LOPD tal y como salió aprobada en el Senado, que también modificaba la LOREG como ya hemos comentado, ya no podíamos confiar, se había quebrado el hilo que podía generar la necesaria confianza para utilizar con las debidas garantías una red social. En definitiva, se había quebrado el Principio de Finalidad.

Y esta quiebra de confianza no se produjo, en esta ocasión, por algo fraudulento que hubiera hecho una plataforma tecnológica, si no por la posibilidad abierta por el legislador de que los partidos políticos podían recopilar las opiniones políticas que se vierten en una red social, con la finalidad de que les sirviera de ayuda en las campañas electorales. Además, de entrada, todo esto se implementaba sin el necesario consentimiento del afectado. Ello significaba que cualquier persona exponía una opinión política por internet con la finalidad de analizar una noticia y/o debatirla con otros, y mientras, con una finalidad bien distinta, un partido político se podía nutrir legalmente de todo ello y, por supuesto, de los datos del perfil del usuario. Entendimos que todo ello suponía una quiebra del Principio de Finalidad que debía restaurarse.

Creemos que lo aducido en el párrafo anterior puede ayudar a entender también las razones por las que la APDHE opta a este Premio. La iniciativa promovida por la APDHE debe animar a una mayor participación de la ‘sociedad civil’ en lo que respecta a velar por cumplimiento de lo establecido en materia de protección de datos. Y también esta iniciativa se alinea con los objetivos de la AEPD en difundir este tipo de acciones.

3. Los demás puntos del Resumen Ejecutivo, entendemos que no serían necesarios en función de las especiales características de esta candidatura. No obstante, estamos abiertos a modificar esta versión del Resumen en el caso de que se solicite por la Agencia Española de Protección de Datos.

Asociación Pro Derechos Humanos de España

Dictámen sobre la constitucionalidad del nuevo artículo 58 bis de la L.O. 5/1985 del Régimen Electoral General

Diego López Garrido

Catedrático emérito de Derecho Constitucional

Febrero 2019

SUMARIO

I. Objeto del Dictámen.

II. El Derecho a la protección de datos personales. En especial las opiniones políticas.

III. Análisis de la constitucionalidad del nuevo artículo 58 bis de la L.O. 5/1985, del Régimen Electoral General.

Conclusiones

En el mes de noviembre de 2017, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) para adaptar nuestra legislación a las disposiciones del Reglamento UE 2016/679, Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)

En el Congreso de los Diputados, se incorporó en la LOPD el texto del Considerando 56 del citado Reglamento Europeo, que dice: “Si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas”. Para ello, se incluyó en la Disposición final tercera de la LOPD una modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, añadiendo el artículo 58 bis para habilitar la previsión del mencionado Considerando 56 del Reglamento Europeo.

La Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHE) manifestó su oposición a esta iniciativa adoptada, puesto que, a su juicio, se

desintegran sustancialmente algunos de los avances de la nueva LOPD, como son:

- La exclusión de la vieja figura del consentimiento tácito en el tratamiento de los datos de carácter personal, que se sustituye por una acción afirmativa y expresa por parte del afectado y se recoge manifiestamente el deber de confidencialidad.
- Para evitar situaciones discriminatorias, se mantiene en la LOPD la prohibición de almacenar datos de especial protección, como ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, origen racial o étnico y creencias. En estas categorías, el solo consentimiento del interesado no basta para dar viabilidad al tratamiento.

Además, la doctrina del Tribunal Constitucional, en su sentencia 292/2000, es clara en el sentido de que el derecho a la protección de datos, contenido en el art. 18.4 CE, es un derecho esencialmente de prestación, cuyo objeto son los datos que permiten identificar a una persona, y su propósito es que esa persona sepa, consienta y pueda disponer en todo momento sobre la publicidad de sus datos y el alcance que ella tenga.

Por estos motivos, y en consecuencia, la APDHE solicita la opinión de quien suscribe, como catedrático de derecho constitucional, sobre la posible inconstitucionalidad del texto.

Agradeciendo el ofrecimiento de la APDH, acepto realizar el presente Dictámen.

I

Objeto del Dictámen

La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de 2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en vigor desde el 7 de diciembre, en su Disposición Final Tercera .dos, dice:

“Disposición final tercera. Modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

Se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General que queda redactada como sigue:

Dos. Se añade un nuevo artículo cincuenta y ocho bis, con el contenido siguiente:

“Artículo 58 bis. Utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales.

1. 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 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 período electoral.

3. El envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería y la contratación de propaganda electoral en redes sociales o medios equivalentes no tendrán la consideración de actividad o comunicación comercial.

4. Las actividades divulgativas anteriormente referidas identificarán de modo destacado su naturaleza electoral.

5. Se facilitará al destinatario un modo sencillo y gratuito de ejercicio del derecho de oposición.”

El presente Dictámen tratará de establecer si este precepto es o no contrario a la Constitución, y, en especial, a su artículo 18.4.

La modificación del artículo 58 bis de la LOREG fue introducida a través de la enmienda

número 331, durante la tramitación en el Congreso de los Diputados de la nueva LOPD.

Dicha enmienda sufrió una transacción, suprimiéndose el término “tratamiento” en el texto final del apartado 1 del artículo 58.bis. La enmienda se propuso apoyándose en lo establecido en el ya citado Considerando 56 del Reglamento (UE) 2016/679, que dice:

“Si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático exige en un Estado miembro que los partidos políticos recopilen datos personales sobre las opiniones políticas de las personas, puede autorizarse el tratamiento de estos datos por razones de interés público, siempre que se ofrezcan garantías adecuadas”.

Dicho Considerando recoge, pues, una excepción a la regulación de las opiniones políticas, especialmente protegidas en el RGPD y en la LOPD.

En efecto, el artículo 9 del RGPD dice:

“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".

Además, el artículo 9.2.a) RGPD prescribe que "el solo consentimiento del afectado no bastará para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico" (artículo 9.1 LOPD). Sin embargo, por razones no explicadas, el tratamiento de datos personales sobre opiniones políticas por los partidos políticos, de acuerdo al nuevo artículo 58 bis LOREG, se permitirá en base a la supuesta existencia de un "interés público" o "interés público esencial" (Considerando 56 y art. 9.2.b) del RGPD).

De lo que se trata en este Dictámen es de dilucidar si el nuevo art. 58 bis de la LOREG vulnera o no la Constitución (CE). Para ello, tendremos que analizar el contenido y alcance de la norma constitucional afectada por el art. 58 bis, que es esencialmente el artículo 18.4 CE. Seguiremos básicamente en el siguiente apartado el texto que, sobre esa materia, se expone en la obra **Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea** – dirigida por quien firma este

Dictámen -, y, en particular, el capítulo sobre el Derecho a la protección de datos personales, del que es redactora la profesora María Mercedes Serrano Pérez.

II

El Derecho a la protección de datos personales. En especial, las opiniones políticas.

El artículo 18.4 de la Constitución dice:

"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".

Nadie en la doctrina discute que el art. 18.4 es la base jurídica del derecho a la protección de datos personales, aunque no esté expresado explícitamente. Como apunta Serrano Pérez, aunque del tenor literal del precepto constitucional no puede deducirse con claridad su concepto y objeto, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, recogiendo la interpretación de los convenios y textos internacionales sobre la materia, la que ha concretado el significado y contenido del derecho contemplado en el art. 18.4 CE. El TC ha señalado que el derecho a la protección de datos del art. 18.4 CE contempla un derecho

fundamental cuyo contenido esencial “consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momentos quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos”. (STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 7).

Por tanto, el derecho a la protección de datos de carácter personal es el derecho a decidir y controlar las informaciones personales que sobre nosotros conocen los demás, con independencia del carácter de íntimo o no del dato, cuestión que no es determinante para la protección del sujeto, tal y como lo señala la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 20 de diciembre de 2017, Peter Nowak c. Data Protection Commissioner (Asunto C-434/16), según la cual, “toda información” en la definición del concepto de “datos personales”, que figura en el artículo 2, letra a), de la Directiva 95/46 (ya derogada por el RGPD), evidencia el objetivo del legislador de la Unión de atribuir a este concepto un significado muy amplio, que no se ciñe a los datos confidenciales o relacionados con la intimidad, sino que puede abarcar todo género de información, tanto objetiva como subjetiva, en forma de **opiniones** o apreciaciones, siempre que sean sobre la persona en cuestión. En este sentido, la atribución al derecho a la protección de datos del poder de disposición sobre los mismo le permite sostener jurídicamente la singularidad frente al derecho a la intimidad (STC 292/2000, de 30 de

noviembre, FJ6). Tampoco resulta determinante la entrega voluntaria u obligatoria de los datos.

Carece igualmente de relevancia para afirmar la protección de datos personales el uso de los datos por parte de organismos públicos o privados, pues la protección del sujeto se articula tanto frente al poder público como a frente a los poderes privados.

El derecho a la protección de datos, como tal, esto es, con sustantividad propia, ha sido objeto de reconocimiento a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, cuyo art. 8 reconoce el derecho a la protección de sus datos de carácter personal, así como el derecho de acceso y rectificación de los mismos y un conjunto de principios relativos al tratamiento de los datos, como la lealtad, la finalidad del tratamiento y el principio del consentimiento.

La exigencia de una armonización en las legislaciones de protección de datos, de manera que las normas nacionales permitieran un intercambio de datos sin trabas legales por el espacio europeo, demandaba una nueva norma.

Con ese objetivo de unificación legislativa se elaboró el Reglamento 279/2016 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, que derogó la Directiva 95/46. El Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) entró en vigor el 25 de mayo de 2018. El RGPD constituye la norma común aplicable a todo el territorio de la Unión, con lo que se produce la homogeneidad en las legislaciones sobre protección de datos de todos los Estados miembros.

El RGPD incluye en el concepto de “categorías especiales de datos” los denominados “datos especialmente protegidos” por la LOPD: las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, los que revelen el origen racial o étnico, y los relativos a la salud o a la vida u orientación sexual de una persona. Y añade dos categorías de datos: los datos genéticos (que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de una persona) y los datos biométricos (relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona).

La regla general en el RGPD es la prohibición del tratamiento de las “categorías especiales de datos” (art. 9).

No obstante, se recogen excepciones a esta regla general, entre ellas cuando el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales.

En resumen, el art. 18.4 de la Constitución, no contradicho por el RGPD, garantiza la protección de datos personales y, en concreto, los referidos a la ideología y opiniones políticas, por ser datos sensibles, especialmente protegidos.

III

Análisis de la constitucionalidad del nuevo artículo 58 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

El artículo 58 bis LOREG ofrece diversos ángulos que comprometen su adecuación al artículo 18.4 de la Constitución, interpretado, como acabamos de señalar, por el TC a la luz de los convenios internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE).

Recordemos el precepto:

"Artículo 58 bis. Utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales.

1. La recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas que llevan a cabo los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales se encontrará amparada en el interés público únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas".

Las razones de la inconstitucionalidad de este artículo son las siguientes:

1.- La “recopilación” de datos personales relativos a “opiniones políticas”, a pesar de obviarse semánticamente el término “tratamiento”, es equivalente en la práctica a su posibilidad, algo que está prohibido para los datos personales especialmente sensibles (art. 9 LOPD y art. 9 RGPD), como lo son las opiniones políticas. Por ello, el art. 58 bis 1 LOREG supone una violación del derecho a la protección de datos, en la interpretación que cabe deducir del art. 18.4 de la Constitución. Es esta una norma constitucional que, como dicen las SsTC 254/1993 y 292/2000, contiene un “instituto de garantías de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos”.

Utilizar la expresión “recopilación” no atenúa el posible atentado a la intimidad que implica que unos agentes políticos puedan poseer, sin siquiera autorización de las personas afectadas, datos tan sensibles como las opiniones políticas.

Tengamos en cuenta que la autorización de los interesados a los partidos políticos para poseer – y en consecuencia tratar informáticamente – datos sobre sus opiniones políticas, no es exigible, según la legislación aplicable al caso (RGPD, art.2.2).

Lo mismo dice la LOPD, que se remite en su art. 2.3 a lo que señala el RGPD.

El artículo 2.3 de la LOPD concreta de modo nítido cuándo no se aplica y a qué casos no se aplica esta Ley : "los tratamientos a los que no sea directamente aplicable el Reglamento (UE) 2016/679… se regirán por lo dispuesto en su legislación específica… Se encuentran en esa situación, entre otros, los tratamientos realizados al amparo de la legislación orgánica del **régimen electoral general**…"

Así pues, la recopilación de datos personales sobre opiniones políticas realizados por los partidos políticos no exige autorización previa de las personas interesadas, porque no lo exige la LOREG en su art. 58 bis 1, ni en ningún otro artículo.

En esta materia, se manifiesta particularmente necesario garantizar que las y

los ciudadanos han de tener en todo momento “un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona” (STC 292/2000, fto.jco. 5).

Esta interpretación del art. 18.4 que hace el TC es claramente contraria a la redacción del art. 58 bis 1 LOREG, que admite la recopilación, posesión y tratamiento por los partidos políticos de opiniones políticas individuales, obtenidos de cualquier forma y sin límites.

2.- La recopilación/tratamiento de “opiniones políticas” por los partidos o por cualquier otra entidad es una amenaza para un dato tan íntimo como la ideología, cuya protección está constitucionalizada. El art. 16.1 CE “garantiza la libertad ideológica” y el 16.2 dice que “nadie será obligado a declarar sobre su ideología”, prueba de que las opiniones políticas son sagradas para la Constitución, y especialmente protegidas en cuanto expresan el perfil más íntimo de una persona y permiten su identificación.

La expresión “opiniones políticas” es de gran amplitud . No se refiere sólo, por ejemplo, el sentido del voto de una persona. La “opinión política” se extiende a cualquier pensamiento, conducta o actitud cuyo conocimiento ayude a

saber cuál es la identidad de alguien. Su recopilación por un partido atenta a la propia dignidad de la persona y vulnera el art. 16 CE.

3.- Es especialmente grave que los partidos políticos puedan tener acceso a tales datos referidos a las opiniones políticas, por las posibilidades que abre a su manipulación. Como dicen las profesoras García-Orosa y Campos-Domínguez, la utilización de algoritmos en las estrategias de los partidos políticos adquiere importancia sobre todo con los datos masivos (**big data**) y la automatización de la producción y circulación de contenidos en red a partir de datos personales. Estas prácticas avanzan en la información que manejan los partidos políticos, con ausencia de transparencia. El escándalo de Facebook y Cambridge Analytica ha puesto de relieve la utilización opaca e ilícita de datos personales sobre opiniones políticas para intervenir en procesos electorales (Brexit, campaña electoral en EEUU). Los partidos podrían aplicar estas políticas digitales con los datos de opiniones políticas, datos sensibles cuya adquisición y utilización por los partidos no está limitada en el artículo 58 bis.1 de la LOREG.

Antes señalamos que el art. 58 bis.1 LOREG no exige ningún tipo de consentimiento de las personas cuyos datos sobre opiniones políticas son recopilados y tratados por los partidos políticos sin ninguna restricción. El nuevo artículo 58 bis.2 de la LOREG habla de acceso a datos que están en “fuentes de acceso público”, pero este apartado 2 no está vinculado al apartado 1, que es el que, a nuestro juicio, adolece de inconstitucionalidad.

4.- Tampoco resta fuerza a esta tesis que el artículo 58 bis.1 LOREG hable de “actividades electorales”, por naturaleza públicas. El objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos, dice el TC, “no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros puede afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual… también alcanza a aquellos datos personales públicos”. En definitiva, para el TC, “los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial,

sexual, económico o de cualquier otra índole" (STC 292/2000, fto.jco. 6).

5.- El art. 58 bis 1 LOREG considera "de interés público" que los partidos políticos puedan recopilar (o tratar) datos personales relativos a las opiniones políticas "únicamente cuando se ofrezcan garantías adecuadas".

¿Qué son "garantías adecuadas"? El precepto legal no lo dice, contradiciendo el principio de Seguridad Jurídica que proclama el art. 9 de la CE. No hay, pues, en el art. 58 bis.1 de la LOREG un derecho de disposición real y efectiva de las personas sobre los datos sobre sus opiniones políticas (predomina - ilícitamente a nuestro juicio – lo que el art. 58 bis.1 llama genéricamente "interés público"). Aquí se produce por el legislador una lesión al **contenido esencial** del derecho a la protección de datos personales (art. 53.1 CE), que, repetimos, no puede rebasar el legislador. Como admitió el TC en una de sus primeras sentencias, "se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección" (STC 11/1981). Esto

es lo que sucede en el art. 58 bis.1 LOREG, y lo que le convierte en inconstitucional. Porque no hay ninguna justificación a que el legislador no haya precisado con claridad qué garantías se necesitan para que los partidos políticos puedan recopilar o tratar datos personales sobre las opiniones políticas (STC 104/2000, fto.jco. 8).

Por el contrario, la redacción de la norma, el art. 58 bis.1 LOREG, permite la arbitrariedad de los partidos políticos a la hora de recopilar datos personales sobre opiniones políticas y, por tanto, utilizarlos para sus fines. No tendría sentido una recopilación para nada.

Los partidos políticos tienen obvios objetivos electorales y, entre ellos, saber a qué segmentos de población deben dirigir sus mensajes, y con qué contenido. Es natural que, si poseen datos personales sobre las opiniones políticas de las y los ciudadanos, intenten elaborar perfiles de comportamiento electoral y de la ideología de esos ciudadanos para ser más eficaces en la captación de votos. Lo que contradice el art. 16.2 CE, que proclama el derecho a no declarar sobre la ideología.

Debe señalarse, asimismo, que, si el legislador no ha establecido las “garantías adecuadas” para que los partidos políticos

puedan recopilar (y por tanto tratar) las opiniones políticas de las personas, no puede remediar esa laguna ninguna autoridad o institución, a modo de sustitución (por ejemplo, la Agencia Española de Protección de Datos). La regulación sobre el ejercicio de los derechos fundamentales está sujeta a la reserva de ley (art. 53.1 CE). Así sucede, pues, con el derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE).

6.- La justificación que se dio para la introducción in extremis durante la tramitación parlamentaria de la LOPD de la modificación de la LOREG (art. 58 bis), por la Disposición Tercera de la citada LOPD, fue la existencia de un Considerando, el 56, en la RGPD, cuya redacción prácticamente se reproduce en el nuevo 58 bis de la LOPRG, salvo el término “tratamiento”, que se suprime.

Esta justificación no tiene fundamento jurídico alguno. En primer lugar, porque un Considerando de un Reglamento europeo no tiene efectos vinculantes, sino solo interpretativos y, además, el contenido del Considerando 56 no se reitera en la parte dispositiva del RGPD. En segundo lugar, porque este Considerando 56 habla de que el

tratamiento de datos por los partidos políticos sobre opiniones políticas de las personas sólo sería admisible “si, en el marco de actividades electorales, el funcionamiento del sistema democrático lo exige en un Estado miembro”. Es bastante evidente que el RGPD no explica cuándo y por qué una democracia exige que los partidos recopilen datos tan sensibles como las opiniones políticas de las personas.

Es, pues, otro concepto jurídico indeterminado y probablemente indeterminable, en la hipótesis de que el RGPD se aplicara al derecho electoral especial, que no es el caso. El art. 2.2 de dicho Reglamento excluye su aplicación al tratamiento de datos personales “en el espacio de una actividad no comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión”. Es dudoso que este Derecho sea de aplicación al régimen de las elecciones locales, autonómicas o nacionales.

Así pues, el art. 56 del RPGD no puede convertirse en argumento por justificar el contenido del artículo 58 bis LOREG introducido por la Disposición Adicional Tercera de la nueva LOPD.

Por otra parte, cualquier Reglamento de la UE ha de interpretarse a la luz de la Carta de los

Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que protege el “derecho a la protección de datos personales” (art. 8).

CONCLUSIONES

A juicio de quien suscribe, el nuevo artículo 58 bis.1 de la LOREG, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (Disposición Final Tercera punto Dos), es contrario a los artículos 18.4 y 16 de la Constitución Española, que protegen el derecho a la protección de datos personales y de la ideología. Es también contrario al art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es fuente interpretativa de la Constitución y del Derecho Europeo.

Esta inconstitucionalidad del art. 58 bis.1 de la LOREG se basa esencialmente en las siguientes razones, que hemos desarrollado anteriormente:

1.- Según el nuevo artículo 58 bis.1 de la LOREG, es posible la recopilación por los partidos políticos de datos sobre opiniones políticas de las personas. Ello vacía de contenido en esta materia el derecho a la

protección de datos (art. 18.4 de la Constitución española).

2.- La recopilación de datos personales sobre opiniones políticas por los partidos políticos vulnera el derecho a la protección de datos, en cuanto desapodera a la persona del control sobre dichos datos, especialmente sensibles, cuyo tratamiento está prohibido en la legislación europea y española sobre protección de datos personales. Ese control es esencial en el derecho a la protección de datos según jurisprudencia del TC (sentencia 292/2.000).

3.- La recopilación de datos sobre "opiniones políticas" – concepto de gran amplitud – es una amenaza para algo tan íntimo como la ideología, especialmente protegida por el art. 16.1 de la Constitución, que "garantiza la libertad ideológica".

4.- La tecnología informática y digital actual permite aumentar la amenaza al derecho a la intimidad y la protección de datos personales cuando se poseen datos sobre "opiniones políticas". El caso reciente de Facebook y

Cambridge Analytica pone manifiesto la manipulación a que puede estar sometida la opinión ideológica de millones de personas.

5.- El art. 58 bis.1 LOREG no exige el consentimiento de la persona para la recopilación de sus datos por los partidos políticos, lo que agrava la vulneración por dicho precepto del art. 18.4 CE.

6.- Según el Tribunal Constitucional, la Constitución (art. 18.4) ampara todos los datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico (sentencia 292/2000, fto.jco. 6). Esto ocurre con la posesión y tratamiento por los partidos de las opiniones políticas de las personas a cuyos datos accedan.

7.- El art. 58 bis.1 LOREG permite la recopilación de datos sobre “opiniones políticas” cuando “se ofrezcan garantías adecuadas”, sin embargo, no explicita qué se quiere decir con esa expresión. Ello lesiona el contenido esencial del derecho a la protección de datos (STC.11/1981), que no puede rebasar el legislador (art. 53.1 CE), y también se opone al principio de Seguridad Jurídica que establece el art.9 de la CE.

Este es mi Dictámen, que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En Madrid a 7 de febrero de 2019

BIBLIOGRAFÍA

CAMPOS DOMÍNGUEZ, E. y GARCÍA – OROSO, B., “Comunicación algorítmica en los partidos políticos: automatización de producción y circulación de mensajes”. El profesional de la información, 2018.

LÓPEZ GARRIDO, D. (Dir.) Lecciones de Derecho Constitucional de España y de la Unión Europea (II), Valencia 2018.

LÓPEZ GARRIDO, D. (coord..), SERRANO PÉREZ, M. M., FERNÁNDEZ ALLER, C., Derechos y obligaciones de los ciudadanos en el entorno digital, Fundación Alternativas, 2017, http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/d913d53f47205b4df8d1f60691ede39e.pdf.

PIÑAR MAÑAS, J.L., (dir), Reglamento General de Protección de Datos, Reus, 2016.

RALLO LOMBARTE, A., El derecho al olvido en internet. Google versus España, Madrid 2014.

REBOLLO DELGADO, L., Derechos fundamentales y protección de datos, Madrid, 2004.

-Vida privada y protección de datos en la Unión Europea, Madrid 2008.

-“Origen y fundamento de la protección de datos: datos especialmente protegidos”, Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, Pamplona 2010.

-Protección de datos en Europa. Origen, evolución y regulación actual, Madrid 2018.

-“Tutela de la intimidad y propia imagen del menor en internet”, AAVV, Menores e internet, Madrid 2013.

REBOLLO DELGADO, L., SERRANO PÉREZ, M. M., Manual de Protección de Datos, Madrid, 2017.

SERRANO PÉREZ, M. M., El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado, Madrid 2003.

-“Los derechos de acceso, rectificación y cancelación”, Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, Pamplona 2010.

-“A modo de reflexión y crítica en torno a la propuesta de Reglamento europeo de protección de datos de carácter personal y a algunas de las enmiendas presentadas en relación con la epidemiología y la salud”, Derecho y Salud, vol. 23, núm. Extra 1, 2013.

-“Big Data o la acumulación masiva de datos sanitarios: derechos en riesgo en el marco de la sociedad digital”, Derecho y Salud, vol. 25, 2015

-“La garantía de la protección de los datos personales y del trato de los pacientes que no sean ciudadanos del Estado español”, en La liberalización de la Asistencia Sanitaria Transfronteriza en Europa. Retos y desafíos para el Sistema Nacional de Salud, (dir. Josefa Cantero Martínez), Navarra, 2017

TRONCOSO REIGADA, A., La protección de datos personales. En busca del equilibrio, Valencia 2010.

-Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (dir.), Pamplona 2010.

-“Hacia un nuevo marco jurídico europeo de la protección de datos personales”, Revista Española de Derecho Europeo, núm. 45, 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Gabinete del Presidente
Oficina de Prensa

NOTA INFORMATIVA Nº 76/2019

EL PLENO DEL TC DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL POR FALTA DE GARANTÍAS LEGALES QUE LOS PARTIDOS POLÍTICOS PUEDAN REUNIR DATOS RELATIVOS A OPINIONES POLÍTICAS DE LOS CIUDADANOS

El Pleno del Tribunal Constitucional ha decido por unanimidad estimar el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo y, en consecuencia, declarar que es 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.

El precepto impugnado permitía a los partidos políticos en el marco sus actividades electorales recopilar datos personales relativos a las opiniones políticas de los ciudadanos.

La sentencia, redactada por el Magistrado Cándido Conde-Pumpido, señala que "*el legislador no ha precisado qué finalidad o bien constitucional justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales ni ha determinado en qué supuestos y condiciones puede limitarse, mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias"*.

El Defensor del Pueblo consideraba que la reforma introducida en la ley electoral vulneraba los arts. 9.3, 16, 18.4, 23 y 53.1 de la CE. La primera tacha de inconstitucionalidad es que la disposición legal impugnada no especificaba el interés público esencial que fundamenta la restricción del derecho fundamental y la segunda tacha se refiere a que no se limita el tratamiento regulando pormenorizadamente dichas restricciones.

El Tribunal considera que el derecho fundamental afectado es el de protección de datos personales, desde una doble perspectiva. Por un lado, como derecho fundamental autónomo dirigido a controlar el flujo de informaciones que concierne a cada persona; y por otro, como derecho fundamental instrumental ordenado a la protección del también derecho fundamental a la libertad ideológica.

La sentencia, que recoge la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, afirma que "*las garantías adecuadas deben velar porque el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva y deben procurar que los datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para fines distintos de los que justificaron su obtención*". Por tanto, "*las opiniones políticas son datos personales sensibles cuya necesidad de protección es superior a la de otros datos personales*".

El Pleno concluye afirmando que "*la ley no ha identificado la finalidad de la injerencia para cuya realización se habilita a los partidos políticos, ni ha delimitado los presupuestos ni las condiciones de esa injerencia ni ha establecido las garantías adecuadas que para la debida protección del derecho fundamental a la protección de datos personales reclama nuestra doctrina, por lo que se re refiere a la recopilación de datos personales relativos a las opiniones políticas por los partidos políticos en el marco de sus actividades electorales"*.

Por tanto, se han producido tres vulneraciones del art. 18.4 CE en conexión con el art. 53.1 CE, "*autónomas e independientes entre sí, todas ellas vinculadas a la insuficiencia de la ley y que sólo el legislador puede remediar*".

En definitiva, subraya la sentencia, "*la indeterminación de la finalidad del tratamiento y la inexistencia de garantías adecuadas o las mínimas exigibles a la ley constituyen en sí mismas injerencias en el derecho fundamental de gravedad similar a la que causaría una intromisión directa en su contenido nuclear*".

Madrid, 29 de mayo de 2019