

CAPÍTULO QUINTO

La protección de datos personales relativos a las opiniones políticas de las personas

COVADONGA FERRER MARTÍN DE VIDALES

Profesora contratada-doctora de Derecho Constitucional UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DATOS RELATIVOS A LAS OPINIONES POLÍTICAS DE LAS PERSONAS Y LA ELABORACIÓN DE PERFILES IDEOLÓGICOS EN EL RGPD. III. EL CONTROVERTIDO APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 58BIS INTRODUCIDO EN LA LOREG POR LA LOPDGDD. IV. LA SENTENCIA 76/2019, DE 22 DE MAYO DE 2019, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que las nuevas tecnologías han facilitado muchos aspectos de nuestra vida diaria y que presentan grandes ventajas ⁽¹⁾. Internet ha dado un acceso sin precedentes a los ciudadanos a todo tipo de información, y en concreto a la información electoral, permitiéndoles expresar sus opiniones e involucrarse activamente en las campañas electorales ⁽²⁾. También es una plataforma útil para que los partidos presenten sus programas al electorado y tratar de movilizar así un mayor apoyo ⁽³⁾. Pero, al mismo tiempo, en los últimos años es creciente la preocupación por el uso que se puede hacer de los datos que se obtienen de las páginas web que visitamos, compras que realizamos y noticias que compartimos a través de redes sociales, ya que pueden utilizarse para la elaboración de perfiles y el envío de propaganda o publicidad personalizada. Se trata de una posibilidad a la que no han sido ajenos los partidos políticos que hacen un uso cada vez más creciente de las redes sociales y de estos datos, especialmente durante las campañas electorales. Puede que no se trate de algo novedoso pues, como señalan Rosario García Mahamut y Mónica Arenas, es habitual que los partidos adapten sus mensajes al público y tengan en cuenta sus intereses específicos para conseguir el mayor número de votos posibles y que, por lo tanto, traten de utilizar los datos personales de los electores de forma que puedan llegar a ellos de una manera más personalizada aumentando las posibilidades de conseguir así su voto ⁽⁴⁾. Pero es evidente que las nuevas tecnologías y las redes sociales permiten en la actualidad elaborar estos perfiles ideológicos de forma mucho más precisa y que distintos actores, entre ellos los partidos políticos, tienen un interés cada vez más creciente en el acceso a los mismos ⁽⁵⁾.

El escándalo de Cambridge Analytica, que adquirió de forma indebida de Facebook los datos de millones de usuarios de la red en EEUU que fueron utilizados para influir posteriormente –mediante técnicas de *microtargeting* ⁽⁶⁾– en las opiniones de los votantes durante las elecciones del 2016, es una buena muestra tanto del interés de los partidos políticos por el uso de estos datos y la elaboración de perfiles ideológicos de los votantes, como de los efectos e influencia que la indebida utilización de los mismos puede tener en unas elecciones ⁽⁷⁾. La proliferación de información falsa y de tácticas de desinformación, tanto desde actores públicos como privados, se ha extendido y se ha vuelto más sofisticada técnicamente en los últimos años, y preocupa asimismo la intervención extranjera en las elecciones de otros países como método para desestabilizar las democracias ⁽⁸⁾. Las nuevas tecnologías posibilitan la monitorización de las actividades que se realizan en la red y la manipulación del comportamiento, amenazando de esta forma como señala la Comisión de Venecia en su informe de 2019 “la autenticidad del sufragio, la equidad de los procesos electorales y, de forma ulterior, la capacidad de traducir el *deseo del pueblo* en representación institucional y decisiones de gobierno” ⁽⁹⁾. Los principios de objetividad, neutralidad política, transparencia e igualdad de armas que deben garantizar toda competición electoral, como destaca Rosario García Mahamut, pueden verse afectados cuando se hace un uso indebido de los datos obtenidos a través de las nuevas tecnologías con el objetivo de “construir alternativas de poder lejos de la defensa del interés general” y de atacar las reglas del juego democrático que garantizan la alternancia, como ocurrió en las elecciones de EEUU en 2016 y está ocurriendo nuevamente en las de 2019 con las acusaciones e intentos de Donald Trump de sembrar dudas sobre la validez de los resultados a través de las redes sociales ⁽¹⁰⁾.

La realidad, por tanto, mostraba que los partidos políticos ya estaban elaborando o comprando estas grandes bases de datos de perfiles ideológicos de los electores ⁽¹¹⁾ a efectos del envío de propaganda electoral, lo que hacía necesaria una actualización de la normativa existente que viniese a dar respuesta a los nuevos retos que esta práctica plantea. El Reglamento Europeo de protección de datos (en adelante, RGPD) ⁽¹²⁾ aprobado en 2016 buscaba reforzar la protección de los datos de las personas de forma uniforme en toda la Unión, reforzando la seguridad jurídica y práctica tanto para las personas físicas como para los operadores económicos y autoridades públicas ⁽¹³⁾. Y, en España, la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD) ⁽¹⁴⁾, además de adaptar nuestro ordenamiento a las novedades introducidas por el RGPD y garantizar los derechos digitales de los ciudadanos, modificaba el artículo 58 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), introduciendo un nuevo artículo 58 bis en relación a la utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales que posibilitaba la elaboración de perfiles ideológicos por parte de los partidos políticos para realizar propaganda electoral personalizada ⁽¹⁵⁾, lo que suscitó una amplia polémica como se examinará en el apartado 3.

El presente trabajo tiene por objeto examinar cómo se regula en la normativa europea el tratamiento de datos relativos a las opiniones políticas de las personas y la elaboración de perfiles ideológicos, así como cómo se llevó a cabo el desarrollo de estas disposiciones por el legislador español y, en concreto, el problemático apartado 1 del nuevo artículo 58bis que la reforma de la LOPDGDD introducía en la LOREG. Apartado que, por su imprecisión y falta de certeza, sería finalmente declarado contrario a la Constitución y nulo por el Tribunal Constitucional, cuya sentencia se examina en el apartado 4. El fin último es concluir si, pese a que la normativa europea posibilita el tratamiento de este tipo de datos y si un desarrollo correcto en el futuro por el legislador español posibilitase la recopilación de estos por parte de los partidos políticos, dicho tratamiento es realmente necesario o, por el contrario, se trata de un tipo de datos con respecto de los cuales la creación de bases de datos debería en todo caso quedar prohibida.

II. LOS DATOS RELATIVOS A LAS OPINIONES POLÍTICAS DE LAS PERSONAS Y LA ELABORACIÓN DE PERFILES IDEOLÓGICOS EN EL RGPD

Los datos relativos a las opiniones políticas de las personas son un dato especialmente protegido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.1 del RGPD.

Categoría especial de dato personal cuyo tratamiento queda prohibido, salvo que concurra alguna de las circunstancias que el propio Reglamento fija en el apartado 2 del citado artículo. En concreto, tres serían las circunstancias en las que la prohibición no sería de aplicación a los efectos del tratamiento de los datos que en este estudio nos interesan –los relativos a la ideología u opiniones políticas de las personas–:

- Que el interesado haya dado consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos con uno o más de los fines especificados (art. 9.2.a) RGPD).
- Que el interesado los haya hecho manifiestamente públicos (art. 9.2.e) RGPD).
- Que su tratamiento sea necesario por razones de un interés público esencial, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer las medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado (art. 9.2.g) RGPD).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el RGPD hace un reenvío al Derecho de la Unión o al de los Estados miembros a efectos de que desarrollen estas circunstancias (16) y, de esta forma, especifiquen si por ejemplo la prohibición del tratamiento de dichos datos no puede ser levantada por el consentimiento explícito del interesado, o si el tratamiento puede realizarse por las mencionadas razones de un interés público esencial. Así, el legislador español ha establecido que no basta el solo consentimiento del afectado para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal sea identificar su ideología (art. 9.1 LOPDGD), y que el tratamiento por razones de un interés público esencial debe estar amparado en una norma con rango de ley que podrá establecer requisitos adicionales relativos a la seguridad y confidencialidad de estos datos (art. 9.2 LOPDGD).

Por lo que respecta al tratamiento por parte de “asociaciones, fundaciones u otros organismos sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical”, caso en el que entrarían los partidos políticos, solo se permite el tratamiento efectuado “en el ámbito de sus actividades legítimas” y con las debidas garantías, referido exclusivamente a los “miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados” (art. 9.2.d) RGPD).

Por otra parte, en cuanto a la elaboración de perfiles ideológicos, debemos atender a lo establecido en el considerando 56 del RGPD que señala que “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”.

Atendiendo, por lo tanto, al RGPD es posible el tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas cuando: 1) el interesado haya dado su consentimiento explícito; 2) el titular de los datos los haya hecho manifiestamente públicos; 3) concurra un interés público esencial, de forma proporcional al objetivo perseguido y estableciéndose las garantías adecuadas para proteger los derechos fundamentales de los interesados. Tratamiento por parte de los partidos políticos que, atendiendo al considerando 56 del Reglamento, solo vendrá motivado cuando el funcionamiento del sistema democrático exija que estos recopilen dichos datos, autorizándose en dicho caso el tratamiento por razones de interés público y siempre que se ofrezcan las garantías adecuadas. Fuera de estos supuestos, los partidos sólo pueden gestionar los datos de sus afiliados (17), como prevé la letra d) del apartado 2 del artículo 9 del RGPD.

Por último, por lo que respecta a la elaboración de perfiles debe tenerse en cuenta también lo dispuesto en los artículos 13.2.f) y 22.4 del RGPD. El RGPD garantiza el derecho del interesado a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado –incluida la elaboración de perfiles (art. 22.1 RGPD), pero recoge al mismo tiempo las situaciones en las que no se aplicará esta previsión: que la decisión basada en ese tratamiento automatizado sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento; que la misma esté autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, siempre que se establezcan medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado; o que se base en el consentimiento explícito del interesado (art. 22.2 RGPD) (18). En el primer y tercer supuesto, el responsable del tratamiento debe adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos e intereses legítimos del interesado y, como mínimo, su derecho a “obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión” (art. 22.3 RGPD) (19). Además, la elaboración de perfiles exige, de acuerdo con el Reglamento Europeo, su comunicación a los sujetos interesados (art. 13.2.f RGPD).

III. EL CONTROVERTIDO APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 58BIS INTRODUCIDO EN LA LOREG POR LA LOPDGD

El 21 de noviembre de 2018 era aprobada por el pleno del Senado la LOPDGD, mediante la que se procedía a adaptar el ordenamiento español al RGPD que, como se ha adelantado en el apartado 1, modificaba el artículo 58 de LOREG a través de su disposición adicional tercera, introduciendo un nuevo artículo 58bis en relación con la utilización de medios tecnológicos y datos personales en las actividades electorales que reza así:

- “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 periodo 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”.

Se venía a regular, de esta forma, el envío de propaganda electoral a través de medios tecnológicos como el correo electrónico o los sistemas de mensajería, añadiendo así los mismos a los tradicionales medios físicos ya regulados por la LOREG (20). Se trataba de una regulación necesaria, pues la anterior regulación de la LOREG nada decía sobre el uso de los nuevos medios electrónicos o sistemas de mensajería para el envío de propaganda electoral, cuando en la práctica los partidos políticos desde hacía tiempo habían incorporado su uso a efectos de llegar de forma más personalizada, directa y económica a los electores (21). Regulación totalmente necesaria para garantizar los principios de igualdad de oportunidades, competitividad y libre concurrencia de una competición electoral (22).

Ahora bien, la nueva disposición no se limitaba a regular simplemente al envío de propaganda electoral, sino que autorizaba a los partidos políticos a recopilar información sobre opiniones políticas a través de los citados medios sin el consentimiento de los afectados. Regulación que suscitó grandes alarmas,

planteándose desde un primer momento la cuestión de si la misma permitía que los partidos políticos pudiesen crear bases de datos ideológicos y perfiles ideológicos de los ciudadanos con los datos obtenidos a través de los citados medios tecnológicos o si, por el contrario, dicha posibilidad no estaba amparada por la disposición mencionada y, como señalaron sus defensores, simplemente reproducía lo dispuesto en el considerando 56 del RGPD.

Tanto la polémica generada como el hecho de que la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) publicase antes de la votación de la Ley su criterio interpretativo respecto al artículo examinado, muestran que la dicción literal del mismo no era en absoluto clara (23). De acuerdo con la interpretación avanzada por la AEPD, la nueva regulación no permitía el tratamiento de datos personales para elaborar perfiles ideológicos, ni tampoco el envío de información personalizada basada en los mismos. Entendía la Agencia que, simplemente, lo que se permitía a los partidos políticos era recopilar información para “pulsar las inquietudes de los ciudadanos” y así poder darles respuesta en sus propuestas electorales, conforme a lo dispuesto en el considerando 56 del RGPD. Esta interpretación la fundamentaba en la eliminación del término “tratamiento” de la iniciativa inicialmente presentada en el Congreso (24).

Tras la aprobación de la LOPDGDD, la Agencia publicaba asimismo un informe en el que analizaba el polémico artículo 58 bis, haciendo referencia a su interpretación y aplicación. En el mismo la AEPD señala que el citado artículo debía ser objeto de una interpretación restrictiva al tratarse de una excepción al tratamiento de las categorías especiales de datos personales recogidas tanto en el RGPD como en la LOPDGDD, y porque el mismo debía ser interpretado conforme a lo establecido en la Constitución y de forma que no conculcarse derechos fundamentales (25). Y, posteriormente, la Agencia publicaba la Circular 1/2019, de 7 de marzo, en la que identificaba las garantías que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.2.g) del RGPD, debían establecerse para proteger los intereses y derechos fundamentales de los afectados. Garantías que la propia Agencia señalaba que, al no haberse establecido por el legislador, le correspondía fijar en cumplimiento de sus funciones de interpretación y aplicación de la normativa de protección de datos (26). Así, la AEPD se colocaba en la posición del legislador precisando y fijando los criterios que éste debería haber establecido, tal y como deja claro el Tribunal Constitucional en la sentencia que examinamos en el siguiente apartado.

La misma interpretación realizaba Artemi Rallo Lombarte, ponente del grupo socialista en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados que tramitó el proyecto de la LOPDGDD presentado por el gobierno, y que también señalaba que la ley no permitía crear bases de datos con los perfiles ideológicos de los ciudadanos para enviar propaganda electoral personalizada, y que el apartado 1 del artículo 58bis simplemente venía a reproducir lo establecido por el considerando 56 del RGPD (27).

Por el contrario, otros expertos –con los que coincidimos– destacaban que el nuevo apartado 1 del artículo 58bis no se ajustaba a lo previsto en el citado considerando, y sí posibilitaba la creación de bases de datos con las opiniones políticas de los ciudadanos (28). En concreto, el mismo no se ajustaba a lo dispuesto el artículo 9.2.g) del Reglamento, pues la finalidad del considerando no es sino motivar de modo conciso las disposiciones esenciales de la parte dispositiva (29). En primer lugar, el artículo 58bis de la LOREG utilizaba en su apartado 1 el término “recopilación” de datos personales. Tanto en los criterios avanzados de forma previa a la aprobación de la LOPDGDD, como en el informe elaborado posteriormente, entendía la AEPD que por ello no se estaba haciendo referencia a un tratamiento de dichos datos. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 del RGPD por “tratamiento” se entiende “cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción”. Y si atendemos a la definición de la RAE, recopilar significa “juntar en compendio, recoger o unir diversas cosas...” (30). Por tanto, no puede negarse que la recopilación de dichos datos implica un tratamiento, pues consistirá en su recogida y registro por parte de los partidos políticos, para su consulta y utilización para la realización de actividades políticas durante el período electoral (31). Esto requerirá su inclusión en una base de datos que conservarán los partidos políticos.

El artículo 58 bis de la LOREG en su apartado 1 posibilitaba, por tanto, un tratamiento de unos datos personales, las opiniones políticas de los electores, que están incluidos dentro de las categorías especiales de datos previstas por el RGPD y cuyo tratamiento se prohíbe expresamente salvo cuando concorra alguna de las circunstancias previstas el art. 9.2 tal y como se ha examinado en el apartado anterior. Tratamiento por parte de los partidos políticos que, atendiendo al considerando 56 del Reglamento, solo vendrá motivado cuando el funcionamiento del sistema democrático exija que los partidos recopilen dichos datos, autorizándose en dicho caso el tratamiento por razones de interés público y siempre que se ofrezcan las garantías adecuadas.

Asimismo, a la hora de examinar las posibles limitaciones que pueden establecerse a un derecho fundamental, debemos tener en cuenta lo establecido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), por el TJUE y por la jurisprudencia del TEDH. Tal y como establece el artículo 52 de la CDFUE, cualquier limitación de los derechos y libertades reconocidos en la misma requiere: 1) haber sido establecida por la ley; 2) respetar el contenido esencial del derecho o libertad; 3) ser necesaria; 4) responder efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o por la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás; y 5) respetar el principio de proporcionalidad (32). En concreto, respeto del análisis del respeto del principio de proporcionalidad, han de tenerse en cuenta los tres requisitos que el TEDH examina en todo caso para valorar si la injerencia en un derecho fundamental respeta dicho principio: 1) que la misma esté prevista por la ley; 2) que atienda a un fin o fines legítimos; y 3) que sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de dicho fin o fines (33).

La disposición que introducía el artículo 58 bis de la LOREG no respetaba diversos de estos criterios, tal y como puede apreciarse teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH, del TJUE, así como del propio TC (34). En concreto, la disposición legal:

- 1) No reunía los requisitos de *previsibilidad* y *accesibilidad*: no basta con que la restricción o limitación en el ejercicio de un derecho o libertad haya sido prevista por ley (35), sino que como ha señalado el TEDH deben cumplirse además una serie de exigencias relacionadas con la calidad de la ley (36), en concreto, su previsibilidad y accesibilidad, es decir, la ley debe estar formulada “con la suficiente precisión como para permitir al justiciable ajustar su conducta” (37).
- 2) Tampoco establecía las *garantías adecuadas* que asegurasen el respeto del contenido esencial del derecho: como ha señalado el TJUE, además de que la norma establezca reglas claras y precisas que regulen el alcance de la injerencia, son necesarias estas garantías para permitir una protección eficaz de los datos de carácter personal frente a los riesgos de abuso, así como frente a cualquier acceso o utilización ilícitos de los mismos (38).
- 3) No determinada la finalidad del tratamiento de los datos: en concreto, no se determinaba qué debía entenderse por ese “interés público” que hubiese legitimado la restricción del derecho fundamental. Atendiendo tanto a la jurisprudencia del TJUE (39) como del TC, la existencia de un interés general o público no es suficiente, por sí sola, para justificar la medida restrictiva. Una mera invocación genérica, indeterminada, es incompatible con las exigencias de reserva legal pues constituye una cesión en blanco del poder normativo (40).

Por otra parte, de la simple lectura del tenor literal del precepto puede concluirse que con la redacción utilizada se estaba trastocando lo dispuesto en el RGPD ya que mientras conforme al mismo se podrá autorizar el tratamiento por razones de interés público esencial, siempre ofreciéndose las garantías adecuadas, la disposición de la norma española establecía directamente que la recopilación estaba amparada por el interés público si se ofrecían dichas garantías, convirtiendo así un supuesto excepcional (solo por razones de interés público y cuando se ofrezcan las garantías adecuadas), en la regla general (se presume el interés público cuando se proporcionan las garantías adecuadas) (41). Situación excepcional que también puede entenderse es lo que contempla el considerando 56 del Reglamento al señalar que el funcionamiento del sistema democrático exija posibilitar ese tratamiento, es decir, situaciones que puedan poner en peligro dicho funcionamiento, que tampoco es el sentido que se daba en la norma española que convertía la excepción en regla general.

En todo caso, debe señalarse que tanto la redacción de la disposición que introducía la norma española como la del Reglamento Europeo son problemáticas pues, como señala Rosa María García Sanz, ambos utilizan términos poco precisos y expresados con gran amplitud (“interés público”, “si el funcionamiento democrático lo exige”, “opiniones políticas de las personas”, etc.) (42). Lo que, señala la autora, resulta llamativo cuando se está ante un asunto de gran importancia donde confluyen el derecho a la protección de datos, el de participación política, el derecho de sufragio, el derecho a la libertad ideológica y el derecho a la libertad de expresión e información (43).

En efecto, la recopilación de los datos relativos a las opiniones políticas de las personas además de vulnerar el derecho a la protección de datos puede vulnerar el derecho fundamental a la libertad ideológica. Por una parte, no debe olvidarse que de acuerdo con el artículo 16.2 CE nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología. Por otra, como ha señalado el TC la libertad ideológica que consagra dicho artículo es esencial para la efectividad de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, para el pluralismo político (44). Pluralismo político que, no cabe duda, se puede ver afectado cuando se utilizan las nuevas tecnologías para la elaboración de perfiles ideológicos de los ciudadanos y el envío de propaganda personalizada que intente influir en el comportamiento del elector, como demostró el caso de Cambridge Analytica ya mencionado (45). Lo que, a su vez, colisiona con la formación de una opinión pública libre, pues la misma está íntimamente ligada con el pluralismo político. Formación de una opinión pública libre para cuyo reconocimiento y garantía otra de las libertades básicas es la libertad de expresión e información consagrada en el artículo 20 de la Constitución (46). Y para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar en los asuntos públicos de modo responsable, como ha reiterado también el TC, tiene que ser informado de modo que “pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas” (47).

Una vez más, si los partidos políticos pueden recopilar las opiniones políticas de los ciudadanos y se posibilitan técnicas como las empleadas en la campaña electoral de EEUU de 2016, la formación de esta opinión pública libre puede quedar afectada (48). Y, por último, el derecho a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos consagrado por el art. 23.1 CE también se vería afectado pues, como ha señalado el TC, se trata de un derecho que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho (49), por lo que el uso de técnicas de *microtargeting* y la creación de bases de datos con las opiniones políticas de las personas puede afectar a la libertad con la que las mismas pueden realizar la elección de sus representantes.

Las nuevas tecnologías, por tanto, pueden utilizarse para facilitar la formación de la opinión pública, permitiendo una mayor participación y fomentando el pluralismo político. Pero también permiten influir en el comportamiento del elector y difundir información falsa, lo que puede afectar no solo a los principios que rigen la campaña electoral (libre concurrencia, competitividad e igualdad e oportunidades), sino también a la formación de la opinión pública a la que los partidos políticos han de concurrir (50). Es necesario, por tanto, comenzar a actuar para hacer frente a estas nuevas técnicas de manipulación, pero otra cuestión distinta es que para luchar contra las mismas se deba permitir la creación de bases de datos con perfiles ideológicos por parte de los partidos políticos. Porque, como señala Rosa María García Sanz, la limitación del derecho a la protección de datos permitiendo que los partidos políticos recopilen las opiniones políticas de los ciudadanos podría llevar a la paradoja de terminar desnaturalizando el derecho de sufragio. Derecho de sufragio que ya no sería libre y secreto, pues mediante los medios tecnológicos los partidos políticos podrían elaborar bases de datos de las opiniones políticas de los electores que les permitirían en cierto modo determinar el voto del elector (51). Lo que no serviría, señala la autora, para la formación de la opinión pública libre que el funcionamiento democrático requiere (52).

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

Como se ha adelantado en el apartado anterior, el artículo 58bis.1 generó una amplia polémica al plantearse si mediante la nueva disposición se estaba permitiendo a los partidos políticos crear bases de datos de perfiles ideológicos de los ciudadanos o si, por el contrario, simplemente se trataba de una reproducción del considerando 56 del RGPD que en ningún caso permitía crear dichas bases de datos y perfiles.

Pese a que la AEPD trató de hacer frente a esta polémica y aclarar la falta de precisión del artículo a través del informe y de la circular mencionados en el apartado anterior, el Defensor del Pueblo en funciones interponía un recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 1 del artículo 58 bis, al entender que mediante el mismo se producía una vulneración del derecho a la protección de datos personales consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución en conexión con el artículo 53.1 de la misma, así como la infracción de otros derechos fundamentales sustantivos como el derecho a la libertad ideológica del artículo 16 CE y el derecho de participación política del artículo 23, junto con la infracción del principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 (53).

En concreto, la demanda alegaba la inconstitucionalidad de dicha disposición por tres razones: en primer lugar, por no determinar por sí misma la finalidad del tratamiento, más allá de una mención genérica al “interés público”; en segundo lugar, por no limitar el tratamiento regulando pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental; y, por último, por no establecer las garantías adecuadas para proteger los derechos fundamentales afectados (54). Por el contrario, para el Defensor del Pueblo se amparaba el tratamiento en base a conceptos genéricos e indeterminados: el “interés público”, no un interés público esencial como establece el Reglamento europeo; el ofrecimiento de “garantías adecuadas” que tampoco se concretaban por el legislador; y a favor de los partidos políticos “en el marco de sus actividades electorales”, otro concepto indeterminado que tampoco tiene por qué coincidir con el período de campaña electoral (55). De esta forma, destacaba cómo con la regulación dada al artículo 58bis.1 quedaba al criterio del operador jurídico de turno la interpretación de la normativa aplicable y la determinación de una serie de cuestiones relevantes como, por ejemplo, si los sujetos legitimados para recopilar los datos eran sólo los partidos políticos o también las federaciones, agrupaciones o coaliciones de electores; si las actividades electorales hacían referencia solo al período electoral definido en la LOREG o a cualquier otro momento, y si se circunscribían solo a los actos de propaganda y campaña; o si aparte de la recopilación se amparaba el resto de operaciones contempladas por el art. 4.2 del RGPD (56) pues, como ya hemos adelantado, la “recopilación” implica un tratamiento y, como señala el Defensor del Pueblo, la mera recopilación sin una ulterior organización, estructuración, consulta o utilización no tiene sentido (57).

Frente a las alegaciones del Defensor del Pueblo, la Abogacía del Estado solicitaba la desestimación del recurso de inconstitucionalidad presentado, señalando que la disposición recurrida respetaba el principio de seguridad jurídica, pues las garantías adecuadas constaban en la literalidad del precepto, en

la fundamentación de la enmienda en el Reglamento y, supletoriamente, en la LOPD tal y como entendía la Circular 1/2019 de la AEPD. Motivo por el cual entendía que el resto de alegaciones sobre la supuesta vulneración de derechos fundamentales debían decaer, señalando que en concreto que no era necesario que las garantías fuesen definidas por Ley y que tampoco se vulneraba la libertad ideológica pues no se obligaba al ciudadano a manifestar sus opiniones políticas, ni el tratamiento dado a las mismas podía utilizarse para un fin distinto del que motivó su expresión o manifestación (58).

Tras examinar las alegaciones del Defensor del Pueblo y del Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional pasa a identificar el núcleo de la controversia señalando que la impugnación central es la vulneración del artículo 18.4 (derecho a la protección de datos personales) en relación con el 53.1 de la Constitución, por lo que el enjuiciamiento constitucional debe circunscribirse a resolver si el legislador ha vulnerado el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales consagrado por el citado artículo 18.4 CE y la reserva de ley requerida por el artículo 53.1 CE, al no haber establecido el marco en que se habilita el tratamiento de dichos datos, la finalidad del tratamiento y las garantías adecuadas frente al concreto uso de la informática previsto en la norma impugnada (FJ 2).

Para ello, con carácter previo formula el parámetro de constitucionalidad aplicable, recordando los requisitos que su jurisprudencia ya asentada ha establecido por lo que respecta al contenido esencial del derecho a la protección de datos personales y las posibles restricciones al mismo. De esta forma, partiendo de que los datos personales son una categoría especial de datos que son especialmente sensibles y que requieren una especial protección, recuerda el TC que el artículo 18.4 consagra no solo un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a la persona, sino también un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, incluido el derecho fundamental a la libertad ideológica (FJ 5).

Derecho fundamental que, recuerda el Tribunal, no tiene carácter absoluto, sino que puede ser restringido por medio de la ley “siempre que ello responda a un fin de interés general, y los requisitos y alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad” (FJ 5), debiendo la norma legal expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención, y debiendo asimismo las limitaciones que la misma establezca cumplir con las exigencias de previsibilidad y certeza pues, en caso contrario, generaría una indeterminación sobre los casos a los que se aplican las restricciones y ya no cumpliría su función de garantía del derecho fundamental que restringe, pues estaría dejando que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla (59).

Además de estos requisitos, recuerda también el TC que su jurisprudencia exige al legislador que establezca las garantías adecuadas, trayendo para ello a colación su sentencia 292/2000, de la que extrae como conclusiones que (FJ 6):

- Para fundamentar la validez constitucional de una regulación del tratamiento de datos personales no basta la previsión legal y la legitimidad del fin perseguido, sino que son necesarias unas garantías adecuadas “frente al uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano a través de su tratamiento informático”.
- Esas garantías son necesarias para que los intereses jurídicamente protegibles resulten real, concreta y efectivamente protegidos.
- Su mera inexistencia o de las “mínimas exigibles a la Ley” constituye de por sí una injerencia en el derecho fundamental.
- Su existencia se fundamenta en el respeto del contenido esencial del derecho fundamental.

Garantías adecuadas que son especialmente importantes en el caso de que el tratamiento afecte a datos sensibles, y que deben velar porque su tratamiento se realice en condiciones que “aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva” y procurar que los mismos “no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para fines distintos de los que justifican su obtención” (FJ 6).

De esta forma, concluye el TC que las opiniones políticas son datos personales sensibles con una necesidad de protección superior a otros datos personales y que el legislador está constitucionalmente obligado a adecuar la protección que dispensa a este tipo de datos, imponiendo en su caso mayores exigencias para que puedan ser objeto de tratamiento y previendo garantías específicas para el mismo (FJ 6, d).

Sentado lo anterior, procede finalmente el Alto tribunal a responder a la impugnación central del recurso y los tres elementos que aglutina la misma, en concreto:

- Por lo que respecta a la *falta de determinación de la finalidad del tratamiento*, es decir, al “interés público” que sería el que fundamenta la restricción del derecho fundamental, destaca que “constituye una constatación elemental” que la disposición impugnada no lo identifica en ningún momento. Y, a este respecto, nuevamente recuerda el criterio ya establecido en su sentencia 292/2000 en la que ya se rechazaba que la identificación de los fines legítimos de la restricción pueda realizarse mediante conceptos genéricos o fórmulas vagas. Es el legislador, en virtud de la reserva de ley del art. 53.1 CE, quien debe determinar cuándo concurre ese otro bien o derecho que permita restringir el derecho fundamental a la protección de datos y fijar mediante reglas precisas las circunstancias en que puede limitarse. La invocación genérica de un indeterminado “interés público” no basta para el TC para legitimar la restricción del derecho fundamental, pues de dicha forma el legislador estaría trasladando a los partidos políticos una función que sólo le compete a él en virtud de la mencionada reserva de ley [(FJ 7.a)].
- En cuanto a la *falta de limitación del tratamiento* regulando pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental, destaca que la única limitación que recoge la disposición impugnada es que la recopilación por parte de los partidos políticos solo se podrá llevar a cabo “en el marco de sus actividades electorales”, lo que para el TC “apenas contribuye a constreñir el uso de la habilitación conferida”. Las mismas, señala, no tienen por qué contraerse al proceso electoral. Y, además, más allá de dicha condición la disposición impugnada tampoco contiene reglas sobre el alcance y contenido de los tratamientos de datos que autoriza (algo requerido por las exigencias de certeza que han de presidir cualquier tipo de inferencia en un derecho fundamental, como recuerda una vez más el TC en esta sentencia). Por ello, concluye que el legislador “no ha precisado que 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” [(FJ 7.b)].
- Por último, por lo que respecta a la *falta de establecimiento de las “garantías adecuadas”* para proteger el derecho fundamental afectado, aclara el TC una duda con respecto al alcance de su doctrina al respecto, señalando que la reserva de ley del artículo 53.1 CE exige no sólo que la medida restrictiva esté habilitada mediante ley, sino que en la regulación el legislador predetermine “los supuestos, las condiciones y las garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas”. Predeterminación que no puede quedar deferida a un ulterior desarrollo legal o reglamentario, ni dejarse en manos de los propios particulares. La insuficiencia de la ley a este respecto no puede ser colmada, señala el Tribunal, por vía interpretativa, ni mediante una remisión implícita para su integración, ni por la AEPD en el ejercicio de sus potestades, pues todo ello vulneraría el principio de reserva de ley establecido por el art. 53.1 CE. Y tampoco por el RGPD, que por sí mismo no establece esas garantías para el tratamiento de este tipo de datos sensibles, sino que se limita a

contemplar la posibilidad de que sean el legislador de la UE o el de los Estados miembros quienes lo hagan (FJ 8).

Por todo lo anteriormente expuesto, concluye el Alto Tribunal que el legislador no identifica la finalidad de la injerencia para cuya realización se habilita a los partidos políticos a recopilar este tipo de datos, tampoco delimita los presupuestos ni las condiciones de la misma, ni establece garantías adecuadas para la protección del derecho fundamental a la protección de datos, por lo que entiende se han producido las tres vulneraciones del artículo 18.4 CE señaladas por el Defensor del Pueblo en conexión con el artículo 53.1 CE. Vulneraciones autónomas e independientes entre sí y vinculadas todas ellas a la insuficiencia de la ley (FJ 9). En consecuencia, estima el recurso y *declara contrario a la Constitución y nulo el apartado 1 del artículo 58bis de la LOREG* (FJ 10 y Fallo).

V. CONCLUSIONES

Como se ha examinado en el presente trabajo, los datos relativos a las opiniones políticas de las personas son una categoría de datos especialmente sensibles que goza de una mayor protección, por lo que el tratamiento de estos se sujeta a una serie de requisitos. Si bien el RGPD permite la recopilación de las opiniones políticas de las personas, el desarrollo que se realizó por el legislador español, en concreto la redacción dada al apartado 1 del artículo 58bis de la LOREG, anunciaba ya la respuesta del Tribunal Constitucional pues no respetaba la jurisprudencia consolidada tanto del TC, como del TEDH y del TJUE tal y como se ha examinado. La indeterminación y falta de certeza de la disposición por lo que respeta a la finalidad del tratamiento, y la falta de fijación de garantías adecuadas al respecto, constituían para el Tribunal Constitucional una injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos “de similar gravedad a la que causaría una intromisión directa en su contenido nuclear” (FJ 9), y vulneraban el principio de reserva de ley establecido en la Constitución. La redacción dejaba bastante claro que este apartado era inconstitucional (60).

Por lo tanto, a sensu contrario, si el legislador remediase las carencias apuntadas por la sentencia 76/2019 del TC, la regulación de la recopilación de este tipo de datos sería constitucional. Ahora bien, ¿es verdaderamente necesario regular la posibilidad de que los partidos políticos recopilen los datos sobre las opiniones políticas de los ciudadanos durante la campaña electoral? La LOREG ya permitía el envío de propaganda electoral a través de correo postal, sistema que funciona y posibilita que los electores reciban los programas de todos los partidos políticos. Habría bastado simplemente con añadir la posibilidad del envío de dicha propaganda a través de medios electrónicos, a cuyo fin basta lo dispuesto en los apartados 2 a 5 del nuevo artículo 58bis de la LOREG, posibilitando a los partidos utilizar los datos personales obtenidos en esos medios para el envío de propaganda electoral, pero sin autorizar la creación de bases de datos que unan dichos datos con los perfiles ideológicos de los usuarios. Al fin y al cabo, la mejor forma de poder formar una opinión pública libre es que los ciudadanos tengan acceso a los programas y propuestas de todos los partidos que concurren a las elecciones y a toda la información, única forma de poder contrastar posibles informaciones falsas o sesgadas.

Tampoco parece que sea necesario recopilar datos sobre las opiniones políticas de los ciudadanos para, como señala la AEPD en su criterio interpretativo de la nueva disposición, “pulsar las inquietudes de los ciudadanos con el fin de poder darles respuesta en sus propuestas electorales” (61). Como mejor interpreta en el posterior informe, el funcionamiento del sistema democrático “puede requerir la elaboración de perfiles generales, de modo que los partidos políticos puedan conocer las inquietudes políticas de la ciudadanía” (62). Ahora bien, pueden tenerse en cuenta dichas inquietudes y recabar dichos datos sin necesidad de conectar las opiniones políticas de los ciudadanos con sus datos personales concretos en ningún tipo de base de datos.

Casos como el de Cambridge Analytica, que a través de la recopilación de las opiniones políticas de miles de usuarios pudo elaborar un algoritmo que permitió enviar información sesgada a fin de beneficiar a un partido político, sirven de muestra de los efectos e influencia manipulativa que las nuevas tecnologías pueden tener en los procesos electorales. En este tipo de casos, no parece que la recopilación de datos sobre opiniones políticas por parte de los partidos pueda contribuir a la formación de una opinión pública libre, pues al fin y al cabo el fin de estos es ganar las elecciones y utilizarán todos los medios a su alcance para tratar de influir en el comportamiento del elector y captar su voto.

Para luchar contra este tipo de prácticas, el auge de las *fake news*, y los ataques externos durante las campañas electorales, es posible adoptar otro tipo de normativa que, por ejemplo, obligue a las plataformas como Facebook o Twitter a eliminar contenidos falsos o ilegales, normas que traten de combatir la manipulación de la información durante las elecciones, para proteger el debate político, la formación de una opinión pública libre y el buen desarrollo de los procesos democráticos (63). O, como se ha hecho a nivel de la UE con respecto a las elecciones al Parlamento Europeo, establecer sanciones financieras para los casos en que los partidos políticos europeos o las fundaciones políticas europeas se aprovechen de infracciones de las normas de protección de datos personales con el fin de influir en el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo (64). Pero, dada la gran sensibilidad de los datos relativos a las opiniones políticas de las personas, lo preferible es que no se cree ningún tipo de base de datos con los mismos. Al contrario, lo más indicado sería prohibir su recopilación en todo caso y sancionar a aquéllos que lo incumplan.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO, “Responsable y Encargado del Tratamiento” en *VVAA, Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos*, Madrid: Dilex, 2020, pp. 105-125.
- ARENAS RAMIRO, MÓNICA, “Partidos políticos, opiniones políticas e internet: la lesión del derecho a la protección de datos personales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, pp. 341-372.
- COUNCIL OF EUROPE, *Internet and electoral campaigns. Study on the use of internet in electoral campaigns*. DGI (2017)11.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission), *Joint Report of the Venice Commission and of the Directorate of Information Society and Action against crime of the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) on Digital Technologies and Elections*, adopted by the Venice Commission at its 119th Plenary Session (Venice, 21-22 June 2019) CDL-AD (2019)016.
- 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* núm. 35, 2015, pp. 309-338.
- GARCÍA SANZ, ROSA MARÍA, “Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: todo en interés público”, *Revista de Estudios Políticos*, 183, enero/marzo, 2019, pp. 129-159.
- GONZÁLEZ DE LA GARZA, LUIS MIGUEL, “La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el *microtargeting* y el *big data*”, *Revista de Derecho Político* núm. 103,

septiembre-diciembre 2018, pp. 257-302.

PASCUA MATEO, FABIO, "Un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 29 de mayo, en el recurso de inconstitucionalidad Núm. 1405-2019 (BOE Núm. 151, 25 de junio de 2019)", *Revista de las Cortes Generales*, Núm. 106, Primer Semestre 2019, pp. 549-558.

POLO ROCA, ANDONI, "Protección de datos y elaboración de perfiles: el nuevo artículo 58 bis de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)* núm. 58, julio-diciembre 2019, pp. 507-527.

RALLO LOMBARTE, ARTEMI (Director), *Tratado de Protección de Datos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; VVAA, *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos*, Madrid: Dilex, 2020; López Calvo, José (Coordinador), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGD*, Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

RUBIO NÚÑEZ, RAFAEL, "La amenaza tecnológica en los procesos electorales: una respuesta jurídica", *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 3, Núm. 11, julio-septiembre 2018, pp. 109-146.

SÁNCHEZ MUÑOZ, OSCAR, *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Madrid: CEPC, 2007.

SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: A Toolkit*, 11 April 2017.

1. Como señala la Comisión de Venecia, las nuevas tecnologías y las redes sociales han revolucionado la forma en que la gente interactúa y ejerce sus derechos a la libertad de expresión e información, por ejemplo, para demandar mejores servicios, más transparencia o una participación más significativa en la esfera política. EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission), *Joint Report of the Venice Commission and of the Directorate of Information Society and Action against crime of the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) on Digital Technologies and Elections*, adopted by the Venice Commission at its 119th Plenary Session (Venice, 21-22 June 2019) CDL-AD (2019)016 (En adelante, Joint Report of the Venice Commission on Digital Technologies and Elections), Apdo. 4, p. 3. Disponible en [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2019\)016-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2019)016-e).

2. COUNCIL OF EUROPE, *Internet and electoral campaigns. Study on the use of internet in electoral campaigns*. DGI (2017)11, p. 7.

3. *Ibid.*

4. 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* núm. 35, 2015, pp. 309-310, 320 y ss.; ARENAS RAMIRO, MÓNICA, "Partidos políticos, opiniones políticas e internet: la lesión del derecho a la protección de datos personales", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, p. 342.

5. *Ibid.*

6. Como señala Luis Miguel González de la Garza, mediante estas técnicas se agrupa a los electores en segmentos pequeños o *clusters* que se sincronizan con perfiles psicométricos ya elaborados, para enviar así propaganda electoral personalizada. Al igual que cuando navegamos por internet el sistema va aprendiendo nuestras preferencias y nos ofrece los productos que hemos visitado anteriormente, el *microtargeting* electoral aprende del elector y le ofrecerá "variantes de campaña propagandística adaptadas a su perfil ideológico". Y, señala el autor, ya se cuenta con datos de manipulación y contagio masivo de emociones en redes que demuestran la gran efectividad de estas técnicas en campañas electorales, como los resultados obtenidos con el algoritmo de Cambridge Analytica en las elecciones de EEUU. GONZÁLEZ DE LA GARZA, LUIS MIGUEL, "La crisis de la democracia representativa. Nuevas relaciones políticas entre democracia, populismo virtual, poderes privados y tecnocracia en la era de la propaganda electoral cognitiva virtual, el *microtargeting* y el *big data*", *Revista de Derecho Político* núm. 103, septiembre-diciembre 2018, pp. 283 y ss.

7. *Ibid.* Sobre el escándalo de Cambridge Analytica vid. BBC MUNDO, "5 claves para entender el escándalo de Cambridge Analytica que hizo que Facebook, perdiera US\$37.000 millones en un día", 20 de marzo de 2018, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-43472797>.

8. Joint Report of the Venice Commission on Digital Technologies and Elections, apdos. 16 y 17. Por ello, distintos países están aprobando normativas para combatir el uso de información falsa durante las campañas electorales y obligar a que dichos contenidos se eliminen lo más rápidamente posible. En el informe de la Comisión de Venecia de 2019 sobre Tecnologías Digitales y Elecciones pueden consultarse las distintas normativas e iniciativas adoptadas a nivel nacional, como en Alemania que en 2018 aprobó una ley obligando a los intermediarios de internet (Facebook, Instagram, Twitter o YouTube) a eliminar rápidamente, tras una denuncia, cualquier contenido tipificado como ilegal en el Código Penal. *Ibid.* apdos. 99 y ss.

9. *Ibid.* apdos. 35-36.

10. MARS, AMANDA, "Trump acusa sin pruebas a Biden de querer 'robar' las elecciones con 'votos ilegales'", *El País*, 6 de noviembre de 2020.

11. GARCÍA MAHAMUT, ROSARIO, *op. cit.*, pp. 309-310, 320 y ss.

12. 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. Varias obras realizan un análisis detallado del Reglamento. Vid., por ejemplo, RALLO LOMBARTE, ARTEMI (Director), *Tratado de Protección de Datos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; VVAA, *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos*, Madrid: Dilex, 2020; LÓPEZ CALVO, JOSÉ (Coordinador), *La adaptación al nuevo marco de protección de datos tras el RGPD y la LOPDGD*, Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

13. *Ibid.* considerandos 6 a 10.

14. BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018.

15. POLO ROCA, ANDONI, "Protección de datos y elaboración de perfiles: el nuevo artículo 58 bis de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general", *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)* núm. 58, julio-diciembre 2019, pp. 508-509.

16. En su considerando 10, el RGPD reconoce un margen de maniobra a los Estados miembros para que desarrollen sus normas, incluidas las circunstancias en las que se pueden tratar las categorías especiales de datos personales.

17. ARENAS RAMIRO, MÓNICA, *op. cit.*, pp. 347-349.

18. Estas decisiones no se basarán en las categorías especiales de datos del artículo 9, salvo que se cuente con el consentimiento explícito del interesado (art. 9.2.a)) o su tratamiento sea necesario por razones de interés público esencial (art. 9.2.g)) y se hayan tomado las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado. Art. 22.3 RGPD.

19. Sobre el responsable del tratamiento de datos, vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, IGNACIO, "Responsable y Encargado del Tratamiento" en VVAA, *Comentarios a la Nueva Ley de Protección de Datos*, Madrid: Dilex, 2020, pp. 105-125.
20. Debe señalarse a este respecto que, en España, a diferencia de otros países, el envío de propaganda electoral no se considera actividad o comunicación comercial, es decir, no se considera como publicidad tipo *spam* en el sentido de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI). Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, pp. "BOE" núm. 166, de 12/07/2002.
21. GARCÍA MAHAMUT, ROSARIO, *op. cit.*, pp. 320 y ss.
22. Al igual que la normativa establece, por ejemplo, un límite de gasto para la publicidad en pancartas, prensa o radio, o límites en las subvenciones para el envío de sobre y papeletas y propaganda electoral, era necesario regular en la LOREG la utilización de los nuevos medios tecnológicos. *Ibid.*, p. 321. Sobre la igualdad de oportunidades vid. SÁNCHEZ MUÑOZ, OSCAR, *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Madrid: CEPC, 2007.
23. ADSUARA, BORJA, "No con mis datos", *La Información*, 21 de noviembre de 2018. Disponible en www.lainformacion.com.
24. AEPD, *Criterio de la Agencia Española de Protección de Datos sobre cuestiones electorales en el proyecto de nueva LOPD*, 21 de noviembre de 2018. Disponible en www.aepd.es.
25. AEPD, *Informe sobre el tratamiento de datos relativos a las opiniones políticas por los partidos políticos al amparo del artículo 58 bis de la LOREG*, N/REF: 210070/2018. Disponible en www.aepd.es. Trataba así la Agencia de ajustar la dicción del artículo 58 bis a lo requerido en el RGPD, señalando que el tratamiento de los datos relativos a las opiniones políticas por los partidos políticos se encuentra legitimado por la concurrencia de un interés público, fundamento pero también límite, añadiendo que la aplicación debía ser proporcional al objetivo perseguido. *Ibid.*, p. 11. Entendía que con el citado artículo no quedaban amparados, por tanto, tratamientos no proporcionales como el *microtargeting*, que pretendan desviar la voluntad de los electores, ni la realización de perfiles individuales. *Ibid.* p. 15.
26. AEPD, *Circular 1/2019, de 7 de marzo, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales relativos a opiniones políticas y envío de propaganda electoral por medios electrónicos o sistemas de mensajería por parte de partidos políticos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores al amparo del artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*. BOE Núm. 60, de 11 de marzo de 2019.
27. RALLO LOMBARTE, ARTEMI, "La LOPDGD y el artículo 58 bis LOREG", *Diario La Ley*, 5 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://diariolaley-laleynext-es.bucm.idm.oclc.org/dll/2019/12/05/la-lopdgdd-y-el-art-58-bis-loreg>.
28. G. GÓMEZ, ROSARIO, "La nueva ley de protección de datos alarma a los expertos", *El País*, 3 de diciembre de 2018 (que recoge las opiniones de Borja Adsuara, Tomás de la Quadra-Salcedo y Carlos Sánchez Almeida). En este sentido, vid. POLO ROCA, ANDONI, *op. cit.*, p. 520.
29. UNIÓN EUROPEA, *Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2015, p. 31.
30. RAE, Diccionario de la lengua española, <https://dle-rae-es.bucm.idm.oclc.org/recopilar>.
31. Como destaca el Defensor del Pueblo en su recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 58bis.1. El mismo puede consultarse en https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/03/Demanda_Recurso_2019.pdf (En adelante, Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo), p. 7.
32. Sobre la aplicación de estos criterios a la protección de datos personales, puede consultarse el análisis realizado por el SUPERVISOR EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Assessing the necessity of measures that limit the fundamental right to the protection of personal data: A Toolkit*, 11 April 2017, pp. 4 y ss.
33. TEDH (Pleno), caso *Observer y Guardian c. Reino Unido*, 26 de noviembre de 1991, ap. 49.
34. Tal y como se examinará en el siguiente apartado al analizar la sentencia 76/2019.
35. Toda injerencia o restricción requiere de habilitación legal. TEDH (Pleno), caso *Observer y Guardian c. Reino Unido*, *op. cit.*, ap. 49; TEDH (Gran Sala), caso *Rekvényi c. Hungría*, 20 de mayo de 1999, ap. 34. Y, efectivamente, este punto se cumplía por el art. 58bis.1, que respetaba así lo previsto por los arts. 53.1 y 81.1 de la CE, y por el 9.2 de la LOPDGD.
36. TEDH (Gran Sala), caso *Maestri c. Italia*, 17 de febrero de 2004, ap. 30.
37. TEDH (Gran Sala), caso *Hashman y Harrup c. Reino Unido*, 25 de noviembre de 1999, ap. 31, TEDH (Gran Sala), caso *Rekvényi c. Hungría*, 20 de mayo de 1999, ap. 34.
38. STJUE de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Righth Ireland Ltd*, ap. 54.
39. *Ibid.*, ap. 51.
40. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 18.
41. Opinión de Tomás de la Quadra-Salcedo recogida por Rosario G. Gómez en su artículo publicado en *El País* de 3 de diciembre de 2018. Vid. G. GÓMEZ, ROSARIO, "La nueva ley de protección de datos alarma a los expertos", *op. cit.* En el mismo sentido, vid. POLO ROCA, ANDONI, *op. cit.*, p. 520, que señala cómo con esa redacción el hecho de que haya garantías presupone el interés público, uniendo así dos requisitos que son autónomos.
42. GARCÍA SANZ, ROSA MARÍA, "Tratamiento de datos personales de las opiniones políticas en el marco electoral: todo en interés público", *Revista de Estudios Políticos*, 183, enero/marzo, 2019, p. 133.
43. *Ibid.* p. 132.
44. STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3.
45. GARCÍA SANZ, ROSA MARÍA, *op. cit.*, p. 137.
46. STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4.
47. STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6.
48. GARCÍA SANZ, ROSA MARÍA, *op. cit.*, p. 137; POLO ROCA, ANDONI, *op. cit.*, pp. 522-523.
49. STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 2.
50. ARENAS RAMIRO, MÓNICA, *op. cit.*, pp. 350-351.

51. Cita la autora a Rafael Rubio, autor que ha trabajado ampliamente la problemática del uso de las nuevas tecnologías en campañas electorales, y, en concreto, su trabajo Nuevas tendencias de regulación del uso de las nuevas tecnologías en campaña electoral, que forma parte de la obra *Derecho de sufragio y participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías*, coordinado por Jordi Barrat i Esteve y Rosa Fernández Riveira (Pamplona: Thomson Reuters, 2011, pp. 313-333). GARCÍA SANZ, ROSA MARÍA, *op. cit.*, p. 135. Sobre este uso de las nuevas tecnologías en los procesos electorales y las amenazas que supone, puede consultarse también el siguiente trabajo del autor, RUBIO NÚÑEZ, RAFAEL, "La amenaza tecnológica en los procesos electorales: una respuesta jurídica", *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 3, Núm. 11, julio-septiembre 2018, pp. 109-146.
52. GARCÍA SANZ, ROSA MARÍA, *op. cit.*, p. 135.
53. Recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo, *op. cit.*, p. 5.
54. *Ibid.* pp. 4, 7 y 9.
55. *Ibid.* p. 7.
56. *Ibid.* pp. 13-14.
57. *Ibid.* p. 14.
58. STC 76/2019, de 22 de mayo, AH 5.
59. Cita el TC, a este respecto, lo ya establecido en sentencias anteriores, como la 49/1999 o la 292/2000. STC 76/2019, FJ 5.
60. ARENAS RAMIRO, MÓNICA, *op. cit.*, pp. 353 y ss. Como señala Fabio Pascua, la redacción habría requerido de mayor reflexión al tratarse de una materia tan compleja, más teniendo en cuenta "el conflicto de interés concurrente en la elaboración de la disposición –los partidos políticos son los usuarios potenciales de los datos recabados para llevar a cabo sus actividades de campaña–". PASCUA MATEO, FABIO, "Un nuevo capítulo en la tutela del derecho a la protección de datos personales: los datos de contenido político. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 29 de mayo, en el recurso de inconstitucionalidad Núm. 1405-2019 (B.O.E. Núm. 151, 25 de junio de 2019)", *Revista de las Cortes Generales*, Núm. 106, Primer Semestre 2019, p. 558.
61. AEPD, Criterio de la Agencia, *op. cit.*
62. AEPD, Informe, *op. cit.*, p. 15.
63. ARENAS RAMIRO, MÓNICA, *op. cit.*, p. 344. En España, en 2018 el Partido Popular presentó una proposición no de ley para legislar contra las *fake news* que fue rechazada, y recientemente el Gobierno del PSOE ha aprobado una orden con el Procedimiento de actuación contra la desinformación, aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional de 6 de octubre de 2020 y que ha sido muy criticado. RTVE, "La lucha contra la desinformación, una tentación de todos los gobiernos", *RTVE.es*, 5 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20201105/estrategias-psoe-pp-fake-news/2053227.shtml>. Vid., asimismo, Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional.
64. En concreto, la Autoridad para los partidos políticos europeos y las fundaciones políticas europeas es la encargada de solicitar al Comité de Personalidades independientes establecido por el Reglamento (UE, Euratom) núm. 1141/2014, que examine si los mismos han influido o intentado influir en el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo aprovechándose de una infracción de las normas en materia de protección de datos, siguiendo un procedimiento de verificación que ha sido fijado por el Reglamento (UE, Euratom) 2019/493, para así poder imponer las sanciones pertinentes. Vid. Reglamento (UE, Euratom) 2019/493 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de marzo de 2019, por el que se modifica el Reglamento (UE, Euratom) no 1141/2014 en lo que respecta a un procedimiento de verificación relativo a las infracciones de las normas de protección de los datos personales en el contexto de las elecciones al Parlamento Europeo.