

Sentencia n.º 76/2019, del Tribunal Constitucional, de 22 de mayo de 2019
[BOE n.º 151, de 25-VI-2019]

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRUSTRAN LA CREACIÓN DE “ESPAÑA ANALYTICA”: EL CASO DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA RECOPIACIÓN DE DATOS POLÍTICOS POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN SUS ACTIVIDADES ELECTORALES (ARTÍCULO 58 BIS APARTADO 1.º DE LA LOREG)

La Enmienda n. 331 a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD), presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados y aprobada por los cuatro grandes partidos españoles a nivel nacional, incluyó, mediante la Disposición Final Tercera, una modificación a la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (LOREG), con la finalidad de añadir un nuevo artículo 58 bis apartado primero con el siguiente tenor: «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».

El propio legislador arguye que su único interés con esta nueva normativa era evitar que en España, ante la existencia de una desregulación en esta materia, se pudiera dar un supuesto como el de Cambridge Analytica, de manipulación electoral y lesión de la integridad electoral. Además, entiende que la propuesta legislativa encuentra su fundamento habilitador en el Considerando 56 del Reglamento General de Protección de Datos Reglamento 2016/679, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, que permite 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».

La aprobación del artículo 58 bis apartado primero de la LOREG suscitó muy pronto la cautela y preocupación de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) que, a solicitud de su directora, emitió un Informe (Agencia Española de Protección de Datos, Gabinete Jurídico N7REF: 210070/2018 sobre su interpretación y aplicación) con el fin de delimitar el uso de datos políticos, y que serviría más tarde como base para la aprobación de su Circular 1/2019, de 7 de marzo, sobre el tratamiento de datos 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 electorales al amparo del artículo 58 bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE, 11 de marzo de 2019, n. 60, Sección I: 22834 y SS).

Las dudas de constitucionalidad del precepto impulsaron el 5 de marzo de 2019 al Defensor del Pueblo a presentar ante el Tribunal Constitucional el recurso

de inconstitucionalidad n. 1405-2019. En opinión del Defensor del Pueblo, la nueva normativa reconocía un derecho absoluto a los partidos políticos para el uso y tratamiento de datos que revelen las opciones políticas de los ciudadanos en el marco de las actividades electorales. Los problemas de indeterminación que presenta el artículo 58 bis en su apartado primero como el hecho de que habla de interés público y no de interés público esencial, que no especifica las garantías adecuadas, o la alusión a las actividades electorales, que no tienen por qué coincidir con el período de campaña electoral, así como la carencia de valor normativo del Considerando 56 del RGPD, provocan, en opinión del Defensor del Pueblo, la lesión de derechos fundamentales y principios constitucionales. La falta de concreción de garantías legales lesiona la libertad ideológica del artículo 16.1 CE y es contraria a la garantía del artículo 16.2 CE, pues nadie puede ser obligado a declarar sobre su ideología. Esta habilitación tan genérica a los partidos políticos lesiona también el derecho de participación política del artículo 23.1 CE, ya que en el contexto tecnológico actual y con las prácticas electorales existentes hoy en día el riesgo de manipulación del voto y de lesión de la libertad de voto es muy alto. La falta de concreción de las garantías adecuadas lesiona, en su opinión, la reserva de ley y el respeto del contenido esencial del artículo 53.1 CE en relación al habeas data del artículo 18.4 CE; y, finalmente, la indeterminación del interés público, las actividades electorales y las garantías necesarias supone una vulneración del principio constitucional del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE.

Por su parte, el Abogado del Estado, que solicita la desestimación del recurso de inconstitucionalidad, centra su defensa de la nueva normativa en entender que no existe una lesión del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE y, por tanto, tampoco se da una lesión de los derechos fundamentales alegados, pues las garantías adecuadas están expuestas en el RGPD de 2016, la LO de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales de 2018, así como en la Circular 1/2019 de la AEPD. Así mismo, el derecho de uso de datos políticos se encuentra sometido a un régimen jurídico limitado, pues solo corresponde a los partidos políticos en casos de razones de interés público y solo durante el proceso electoral. El legislador español se encuentra además habilitado por el Considerando 56 del RGPD. Finalmente, el artículo 58 bis apartado primero de la LOREG debe ser interpretado sistemáticamente con el RGPD y la Ley de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, por lo que se evita así «la incertidumbre razonablemente insuperable» que exige la STC 292/2000, FJ 10.º, para entender que se ha producido una lesión del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE.

El Pleno del Tribunal Constitucional emite su Fallo el 22 de mayo de 2019 (Rec. 1405/2019), declarando contrario a la Constitución y nulo el apartado 1.º del artículo 58 bis de la LOREG.

En primer término, el Tribunal en el FJ 2.º de la decisión expone cuál debe considerarse el núcleo de la impugnación. Más allá de las alegaciones del Defensor del Pueblo

y del Abogado del Estado, entiende que el estudio de la tacha de inconstitucionalidad del precepto debe centrarse en la posible lesión del habeas data (artículo 18.4 CE) en conexión con el artículo 53.1 CE, en la doble vulneración de la reserva de ley y el respeto del contenido esencial del derecho fundamental. El resto de las vulneraciones son accesorias y el Tribunal las omitirá. Esta lesión constitucional tendría como ejes principales que (i) no hay una determinación de la finalidad (interés público), (ii) no hay una regulación pormenorizada de las restricciones del derecho de uso de datos políticos por los partidos políticos y (iii) no hay una determinación de las garantías adecuadas.

Una de las primeras cuestiones que exige el estudio del caso es determinar cuál es el régimen jurídico del uso de datos de carácter político con relación al artículo 18.4 CE. De conformidad con el Reglamento Europeo de 2016 la regla que rige es la prohibición del uso de datos políticos (artículo 9.1). No obstante, esta regla tiene su excepción en el artículo 9.2 del mismo texto legal que permite su uso si así se prevé por el Derecho de la Unión o bien si los Estados lo regulan expresamente. De acuerdo al Considerando 6 del Reglamento de 2016 los Estados tienen un margen de apreciación para permitir su uso, pero deben cumplir con la obligación concreta de que los mismos establezcan las garantías adecuadas. En el mismo sentido, el uso de los datos políticos está permitido también por el Reglamento de 2016 si existe consentimiento explícito del interesado. El otro elemento que determina el régimen jurídico del artículo 18.4 CE es la LO de 2018, que en su artículo 9.1 excluye que el consentimiento del interesado pueda levantar la prohibición del uso de datos políticos. Por todo ello, el criterio interpretativo que debe regir el uso de los datos políticos es, en primer lugar, su prohibición y en los casos en los que se emplee, que son excepcionales, hacer un uso muy restringido y garantista (FJ 4.º).

En segundo lugar, el artículo 18.4 CE no recoge la concepción de un derecho absoluto de habeas data, no sometido a restricciones. Se trata, como la mayoría de los derechos fundamentales, de un derecho cuya regulación y limitación están sometidas a reserva de ley, al respeto del contenido esencial, así como al cumplimiento del principio de proporcionalidad.

La reserva de ley es una de las garantías normativas de los derechos fundamentales y requiere una dimensión formal (en este caso, una ley que además debe ser orgánica) y una vertiente material, es decir, que la ley establezca la regulación y límites del derecho fundamental cumpliendo con las exigencias de previsibilidad y certeza, en definitiva, de seguridad jurídica (FJ 5.º). Por su parte, también el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre las garantías adecuadas para asegurar el respeto del contenido esencial de un derecho fundamental (*vid.* por todas la STC 292/2000 FJ 10.º). Estas garantías van más allá de la previsión legal y la legitimación del fin; requieren la efectividad de la protección; si no existen estas garantías se considera una vulneración del contenido esencial del derecho fundamental; y la existencia de estas garantías es más necesaria y debe ser también más exigente en el caso de los datos políticos, que

están sometidos a un régimen excepcional de tratamiento. En este sentido, el Tribunal considera que «la necesidad de disponer de garantías adecuadas es especialmente importante cuando el tratamiento afecta a categorías especiales de datos, también llamados datos sensibles, pues el uso de estos últimos es susceptible de comprometer más directamente la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad» (FJ 5.º). Estos datos están sometidos a un mayor nivel de exigibilidad en cuanto a sus garantías, que no solo deben ser las garantías generales sino también establecer garantías específicas (FJ 5.º). El fin de las garantías es «velar por que el tratamiento de datos se realice en condiciones que aseguren la transparencia, la supervisión y la tutela judicial efectiva, y deben procurar que los datos no se recojan de forma desproporcionada y no se utilicen para otros fines distintos de los que justifican su obtención» (FJ 5.º). El tipo de garantías depende «de tres factores esencialmente: el tipo de tratamiento de datos que se pretenda llevar a cabo; la naturaleza de los datos, y la probabilidad y la gravedad que, a su vez, están vinculadas al tipo de tratamiento y a la categoría de datos de que se trate» (FJ 5.º). El Tribunal opta por un concepto de garantías abierto y dinámico, que se puede ir desarrollando por el legislador y adecuando al caso y al tipo de datos.

Después de desarrollar su doctrina sobre la reserva de ley, el respeto al contenido esencial y las garantías adecuadas, el Tribunal analiza las tachas de inconstitucionalidad del precepto. Considera, en primer lugar, que la finalidad del legislador que se ampara en la mera invocación del «interés público» es lo suficientemente vaga y genérica para no ser válida, pues traslada a los partidos políticos la función de determinar el fin, que es una función propia del legislador democrático. Tampoco es válida la finalidad alegada del «funcionamiento democrático» pues «encierra un elevado grado de incertidumbre y puede suponer un razonamiento circular» (FJ 7.º). Esta falta de identificación del fin afecta al principio de proporcionalidad (FJ 7.º). Tampoco está limitado por el legislador el tratamiento por medio de la regulación de las restricciones del derecho fundamental. Solo se contiene la restricción «en el marco de las actividades electorales», pero presenta serios problemas de delimitación pues no tiene por qué centrarse en el período electoral, y además los procesos electorales son relativamente frecuentes en nuestro país (FJ 7.º). Tampoco se remite a las condiciones y presupuestos del tratamiento de datos políticos por lo que se abre un gran campo de actuación para los partidos políticos (FJ 7.º).

El artículo 58 bis apartado primero de la LOREG no contiene tampoco las garantías adecuadas frente al uso por parte de los partidos políticos del tratamiento de los datos políticos, pero ¿es posible suplir esta laguna con otras normas jurídicas, tal y como propone el Abogado del Estado? En opinión del Tribunal Constitucional, sí sería posible si el reenvío del legislador fuera expreso y claro a unas fuentes externas, que además cumplan con la garantía de la reserva de ley (FJ 8.º). Para que el reenvío sea compatible con el artículo 53.1 CE debería ser una ley orgánica y que esté

predeterminada normativamente la calidad de la ley, es decir, que contenga los supuestos, condiciones y garantías necesarias. Estos requisitos constituyen las antesala para aplicar el principio de proporcionalidad. No obstante, el Tribunal considera que en este caso estas fuentes externas no existen pues no aparecen en la literalidad de la norma, no aparecen tampoco como tales garantías en el Reglamento de 2016, que sí establece garantías mínimas y comunes, pero no garantías especiales para el supuesto de datos políticos, ni tampoco en la Ley de 2018, y no es posible acudir al sentido de la Enmienda n. 331 porque esta no tiene valor normativo, sino meramente interpretativo. Así pues, este vacío, en opinión del Tribunal, no puede ser colmado a partir de estos textos normativos por vía interpretativa sin especificar los preceptos en concreto a los que se remite. Además, tampoco en estas normas hay garantías específicas para la protección de datos especiales como son los datos políticos. Admitir un reenvío en estas condiciones sería dejar en manos del Gobierno o bien del aplicador del derecho su determinación, lo que resulta atentatorio contra el respeto al contenido esencial del derecho fundamental. Tampoco es posible dejar en manos de la AEPD la determinación de las garantías pues sería vaciar el principio de legalidad. Por otra parte, tampoco el Tribunal puede operar una interpretación conforme del precepto pues no estamos ante varias interpretaciones posibles igualmente razonables, ni esta forma de reenvío implícito es coherente además con el marco europeo (FJ 8.º).

Por todo ello, el Tribunal considera que el legislador español no ha identificado la finalidad del uso de los datos políticos, no ha establecido los presupuestos ni las condiciones de injerencia en el derecho de habeas data y no ha establecido las garantías adecuadas, con lo que se constata una vulneración triple y autónoma del artículo 18.4 CE en relación al artículo 53.1 CE, aunque todas ellas vinculadas al mandato de respeto al contenido esencial del derecho fundamental. Estas insuficiencias de 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» (FJ 9.º), por lo que el Tribunal procede a declarar la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 58 bis apartado 1.º de la LOREG.

Mercedes IGLESIAS BÁREZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional

Universidad de Salamanca

merche@usal.es